

# **Verwaltungsermessen in der Tschechischen Republik**

**unter besonderer Berücksichtigung des Gewerberechts**

**Dissertation**

**zur Erlangung des Doktorgrades**

der Juristischen Fakultät  
der Universität Regensburg

vorgelegt von  
Stephan R. Eberhardt

**Erstberichterstatter:**

**Prof. Dr. Rainer Arnold**

**Zweitberichterstatter:**

**Prof. Dr. Udo Steiner**

**Tag der mündlichen Prüfung:**

**5. Mai 2008**

*Nina*  
*und*  
*meinen Lieben*

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 2007/2008 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Regensburg als Dissertation angenommen worden. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Februar 2007 verarbeitet worden.

Zu Dank verpflichtet bin ich meinem verehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Rainer Arnold. Er hat mich nicht nur dazu ermutigt, die bei der Ermessensbetätigung der Verwaltungsorgane der Tschechischen Republik auftretende Problematik im Rahmen einer Dissertation zu untersuchen, sondern führte mir als „Visionär eines vereinten Europas“ durch seine Anregungen und Hinweise für die Arbeit immer wieder auch die Notwendigkeit der gewählten Themenstellung vor Augen.

Besonderer Dank gilt auch dem vom Verfasser hoch geschätzten Inhaber des Lehrstuhls für Europäisches Recht an der Juristischen Fakultät der Karlsuniversität in Prag. Prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc. gab für die Bearbeitung des Themas seine wertvolle persönliche und fachliche Unterstützung.

Herrn Prof. Dr. Udo Steiner danke ich für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein persönlicher Dank gilt selbstverständlich auch meiner Familie und meinen Freunden.

Regensburg/Prag/Wien, im Januar 2008

Stephan R. Eberhardt

# **Inhaltsübersicht**

## **A. Einführung**

### I. Untersuchungsgegenstand

### II. Fragestellung und ihre Bedeutung

### III. Zielsetzung

### IV. Anmerkungen zur Methodik

### V. Gang der Untersuchung

## **B. Verwaltungsermessen in der Verwaltungsrechtsordnung der Tschechischen Republik**

### I. Erstes Kapitel:

Verwaltungsermessen im tschechischen Verwaltungsrecht

### II. Zweites Kapitel:

Die Überprüfung von Ermessensentscheidungen der tschechischen öffentlichen Verwaltung

## **C. Verwaltungsermessen im Gewerberecht der Tschechischen Republik**

Verwaltungsermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe im tschechischen Gewerberecht

## **D. Literaturverzeichnis**

## **E. Rechtsprechung**

## **F. Quellenverzeichnis**



## Inhaltsverzeichnis

A. Einführung.....	11
I. Untersuchungsgegenstand.....	11
II. Fragestellung und ihre Bedeutung.....	13
III. Zielsetzung.....	16
IV. Anmerkungen zur Methodik.....	17
V. Gang der Untersuchung.....	21
B. Das Verwaltungsermessen in der tschechischen Verwaltungsrechtsordnung.....	23
I. Verwaltungsermessen im tschechischen Verwaltungsrecht.....	23
1. Die historische Entwicklung der Grundlagen des Verwaltungsermessens und das Verhältnis zu öffentlichen subjektiven Rechten.....	23
a) Allgemeines zur geschichtlichen Entwicklung bis zur konstitutionellen Monarchie.....	23
b) Exkurs: Verwaltungsermessen aus Sicht der sozialistischen Rechtstheorie.....	23
c) Verwaltungsermessen im Beziehungsgeflecht von Rechtsstaatlichkeit und öffentlichen subjektiven Rechten.....	27
aa) Öffentliche subjektive Rechte ( <i>veřejná subjektivní práva</i> ).....	27
bb) Grundrechte und Grundfreiheiten.....	30
cc) Verwaltungsermessen im rechtsstaatlichen Beziehungsgeflecht.....	33
2. Der Begriff des tschechischen Verwaltungsermessens.....	35
a) Grundlegende Begriffsannäherung an das Verwaltungsermessen.....	35
b) Verwaltungsermessen als Rechtsinstitut.....	37
aa) Neuere tschechische Verwaltungsrechtstheorie.....	38
aaa) Boguszak/Čapek/Gerloch: Ermessenskongretisierung in offenen Entscheidungsprozessen nach axiologischen Kriterien.....	39
bbb) Průcha: Verwaltungsermessen als entscheidungsbezogene objektivierte Geltendmachung einer von mehreren möglichen Rechtsfolgen.....	43
ccc) Hendrych: Verwaltungsermessen als Wahlmöglichkeit verhältnismäßiger Zweckerfüllung des öffentlichen Interesses.....	45
ddd) Vopálka/Šimůnková/Šolín: Verwaltungsermessen als Ermessensermächtigung zur ordnungs- und gesetzmäßigen Ausübung alternativer Entscheidungsmöglichkeiten.....	47
eee) Mazanec: Verwaltungsermessen als pflichtmäßige Ausübung der durch das Gesetz begründeten Wahlfreiheit einer von mehreren rechtlich möglichen Entscheidungen bei der Lösung des konkreten Falles.....	48
fff) Sládeček: Verwaltungsermessen als selbständige gesetzlich gestattete Wahlmöglichkeit einer von mehreren Alternativentscheidungen aufgrund einer Bewertung des Tatsachen- und Rechtsstands der konkreten Angelegenheit.....	49
ggg) Zusammenfassung: Verwaltungsermessen als rechtlich verfasste entscheidungsbezogene Ermessensform mit gesetzlich begrenzter Wahlmöglichkeit nach kongretisierenden Kriterien.....	53
bb) Exkurs: Ältere tschechische Verwaltungsrechtslehre.....	53
cc) Wandel der Begriffsbezeichnung für Verwaltungsermessen.....	58
c) Verwaltungsermessen in der neueren Rechtsprechung der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit.....	59
aa) Das Verwaltungsermessen in der neueren Verwaltungsrechtsprechung.....	59
aaa) Exkurs: Das Verwaltungsermessen in der Judikatur des ehemaligen NSS.....	59

bbb) Das Verwaltungsermessen in der neueren verwaltungsgerichtlichen Judikatur .....	67
(1) Entscheidungen der sog. zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit vor Wiedererrichtung des NSS .....	68
(2) Entscheidungen des neu errichteten NSS .....	72
bb) Das Verwaltungsermessen in der Verfassungsrechtsprechung .....	87
d) Die Entwicklung des begrifflichen Verständnisses von Verwaltungsermessen und sog. unbestimmten Rechtsbegriffen .....	108
aa) Die Ansicht von Bernatzik .....	109
bb) Die Ansicht von Tezner .....	112
cc) Die weitere Entwicklung des Begriffsverständnisses .....	114
dd) Die rechtstheoretischen Grundlagen von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen des Verwaltungsorgans bei der Anwendung von Normen des Verwaltungsrechts .....	119
aaa) Unbestimmte Rechtsbegriffe ( <i>neurčité právní pojmy</i> ) .....	119
(1) Grundlegende rechtstheoretische Erkenntnisse unbestimmter Rechtsbegriffe .....	119
(2) Exkurs: Klassifikation unbestimmter Rechtsbegriffe .....	138
(3) Bestimmung des Inhalts und des Umfangs unbestimmter Rechtsbegriffe .....	145
(4) Exkurs: Unbestimmte Rechtsbegriffe in der Judikatur des ehemaligen NSS .....	160
bbb) Ermessen ( <i>uvážení</i> ) der Verwaltungsorgane bei der Anwendung verwaltungsrechtlicher Normen .....	178
(1) Grundlegende rechtstheoretische Erkenntnisse des Verwaltungsermessens ( <i>správní uvážení</i> ) .....	179
(2) Verortung des Ermessens .....	181
(3) Abgrenzung des Ermessens .....	185
ccc) Zusammenfassung .....	189
e) Bedeutung für die heutige Literatur und Praxis .....	192
f) Fragestellungen und Problembereiche .....	200
3. Wesenszüge und Begriffszusammenhänge des Verwaltungsermessens .....	201
a) Verwaltungsermessen als Ausdruck öffentlicher Gewalt und die Reichweite der Ermessensfreiheit .....	202
aa) Bedeutung des Verwaltungsermessens für die Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung .....	202
bb) Verwaltungsermessen im Kontext der Tätigkeits- und Entscheidungsformen der öffentlichen Verwaltung .....	202
bb) Ermessensfreiheit der Verwaltungsorgane als Befugnis und Verpflichtung .....	203
cc) Normbildende Ermessensfreiheit ( <i>diskreční pravomoc normotvorná</i> ) .....	204
b) Gebundenheit und Freiheit des Verwaltungsermessens .....	204
aa) Freiheit des Verwaltungsermessens .....	204
bb) Gebundenheit des Verwaltungsermessens .....	205
cc) Das Spannungsverhältnis zwischen Gebundenheit und Freiheit .....	206
dd) Formen der Geltendmachung und Identifikation des Verwaltungsermessens .....	210
aaa) Ausdrucksformen des Verwaltungsermessens .....	212
bbb) Verortung des Verwaltungsermessens in der Rechtsnorm .....	215
ccc) Rechtssystematische Identifikation des Verwaltungsermessens .....	216
ddd) Verwaltungsermessen und öffentliche subjektive Rechte .....	217
eee) Klarheit und Bestimmtheit der Ermessensregelung .....	220



ee) Bestimmung der Grenzen des Ermessensgebrauchs .....	221
c) Inhaltliche Aspekte des Verwaltungsermessens: Gesetzmäßigkeit, Zweckgerichtetheit und das öffentliche Interesse .....	225
aa) Aufgaben und Ziele der öffentlichen Verwaltung – Zweck und Sinn des Gesetzes.....	225
bb) Der Begriff „öffentliches Interesse“ („ <i>veřejný zájem</i> “) .....	229
d) Freiheit bei der Feststellung und Bewertung des Sachverhalts .....	231
e) Zusammenfassende Charakterisierung des Verwaltungsermessens .....	232
4. Kriterien für die Auslegung und die Anwendung von Normen mit Verwaltungsermessen im Kontext der Europäisierung des Verwaltungsrechts.....	234
a) Begrenzung des Verwaltungsermessens durch das Gesetz als Ausgangspunkt. ....	235
b) Ermessensgrenzen und das Verwaltungsermessen begrenzende Gesichtspunkte .....	238
aa) Existenz und Quellen für begrenzende Gesichtspunkte .....	238
bb) Geltendmachung und Verbindlichkeit begrenzender Gesichtspunkte .....	238
cc) Arten, Quellen und Funktionsweise begrenzender Gesichtspunkte „höherer“ Rechtskraft .....	240
c) Strukturkategorien begrenzender Gesichtspunkte.....	241
aa) Die Begriffe „Wert“ ( <i>hodnota</i> ), „Zweck“ („ <i>účel</i> “) und „Ziel“ („ <i>cíl</i> “) .....	242
bb) Prinzipien und Grundsätze: Wesen, Kategorisierung und Wirkung .....	246
aaa) Die Begriffe Prinzipien ( <i>principy</i> ) und Grundsätze ( <i>zásady</i> ) .....	246
bbb) Rechtsprinzipien ( <i>právní principy</i> ) .....	247
ccc) Rechtsprinzipien und Rechtsregeln im engeren Sinn .....	249
ddd) Die sog. ungeschriebenen Prinzipien ( <i>tzv. nepsané principy</i> ) .....	251
eee) Unterscheidung von Prinzipien und Grundsätzen .....	252
fff) Die sog. allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts und die sog. Prinzipien der guten Verwaltung.....	255
II. Überprüfung von Ermessensentscheidungen der tschechischen öffentlichen Verwaltung .....	267
1. Allgemeine Funktionsbestimmung der Überprüfung des Verwaltungs- ermessens durch die Gerichtsbarkeit und im Verwaltungsverfahren .....	267
2. Ermessensüberprüfung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	272
a) Einführung.....	272
b) Entwicklung und Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik.....	273
aa) Historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit .....	273
bb) Grundlagen der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen nach 1989 .....	274
cc) Verwaltungsprozessordnung (VwPO).....	275
c) Überprüfung von Ermessensentscheidungen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	276
aa) Entwicklung und Grundlagen der gerichtlichen Ermessensüberprüfung.....	281
bb) Regelung der gerichtlichen Überprüfung des Verwaltungsermessens nach Teil Fünf der ZPO n. F. und im Rahmen der VwPO n. F. ....	292
aaa) Verwaltungsprozessordnung (VwPO) .....	292
bbb) Teil Fünf der Zivilprozessordnung (ZPO) n. F. ....	296
ccc) Missbrauch des Verwaltungsermessens nach der VwPO .....	296
cc) Grundsätzliche Aufgabe der Gerichtsbarkeit bei der Bestimmung und der Durchsetzung von Ermessensgrenzen .....	299
aaa) Prinzipielle Funktionsbestimmung der Gerichte .....	299

bbb) Rolle des Verfassungsgerichts und Verhältnis zur Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	302
III. Zusammenfassung der Schlussfolgerungen .....	306
C. Verwaltungsermessen im tschechischen Gewerberecht .....	311
I. Grundlagen des Gewerberechts .....	311
1. Verfassungsrechtlicher Rahmen.....	311
2. Gewerbegesetz .....	313
a) Gewerbeberechtigung .....	324
aa) Entstehungsvoraussetzungen.....	324
bb) Änderung und Erlöschen.....	335
b) Kontrolle und Sanktionen .....	340
II. Verwaltungsermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Gewerberecht.....	354
1. Die Bedeutung und Funktion von Verwaltungsermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen im Gewerberecht.....	354
2. Verwaltungsermessen in gewerberechtlichen Normen .....	355
3. Unbestimmte Rechtsbegriffe im Gewerberecht .....	362
4. Die Entscheidungspraxis der Verwaltung in gewerberechtlichen Angelegenheiten .....	367
III. Ausgewählte neuere Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gewerberechts hinsichtlich der Kontrolle von Ermessenentscheidungen und unbestimmten Rechtsbegriffen .....	370
IV. Zusammenfassung und Ausblick .....	377
D. Literaturverzeichnis.....	379
E. Rechtsprechungsverzeichnis .....	394
F. Quellenverzeichnis.....	399

## A. Einführung

### I. Untersuchungsgegenstand

Die rechtsstaatliche Notwendigkeit der erst mehr als ein Jahrzehnt nach der politischen Wende erfolgten Wiedererrichtung einer selbständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie Erneuerung des Verwaltungsverfahrenrechts in der Tschechischen Republik wird in der Aktualität der rechtstheoretisch, rechtsdogmatisch sowie rechtspraktisch gegebenen Problematik des nunmehr neu geregelten Verwaltungsermessens (*správní uvážení*)<sup>1</sup> in einem ehemals sozialistischen Staat besonders deutlich.

In Tschechien sind die Stellungnahmen in der Literatur und Praxis zum – uns längst aus der deutschen Diskussion als „trojanischen Pferd des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts“<sup>2</sup> bekannten – Verwaltungsermessens genauso zahlreich wie kontrovers. Einen besonderen Beitrag leistete hierzu die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Geschichte dieses Staates, ging und geht es doch gerade im Hinblick auf die Erhellung der Ermessensproblematik auch um Kontinuität durch Anknüpfung an die Zeit der Tschechoslowakischen Republik in den Vorkriegsjahren einerseits und den Ausbau und die Gewährleistung von Rechtsstaatlichkeit seit der sog. Samtenen Revolution 1989 andererseits. In letzterem Zusammenhang ist

---

<sup>1</sup> Die neue Regelung des § 78 Abs. 1 Satz 2 Verwaltungsprozessordnung (VwPO) (Gesetz Nr. 150/2002 Slg.) lautet:

„Wegen Gesetzeswidrigkeit hebt das Gericht die angefochtene Entscheidung auch dann auf, wenn es feststellt, dass das Verwaltungsorgan die durch das Gesetz bestimmten Grenzen des **Verwaltungsermessens** überschritten oder es missbraucht hat.“

(„*Pro nezákonnost zruší soud napadené rozhodnutí i tehdy, zjistí-li, že správní orgán překročil zákonem stanovené meze **správního uvážení** nebo jej zneužil.*“)

Nach der neuen Regelung des § 68 Absatz 3 Verwaltungsordnung (VwO) (Gesetz Nr. 500/2004 Slg.) gilt:

„In der Begründung werden [...], die **Erwägungen**, nach denen sich das Verwaltungsorgan bei seinen Bewertungen und bei der Auslegung der Rechtsvorschriften gerichtet hat [...] angeführt.“

(„*V odůvodnění se uvedou [...] **úvahy**, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů [...].*“)

Vgl. dazu Skulová, Soňa/Průcha, Petr/Havlan, Petr/Kadečka, Stanislav: Správní právo procesní, Eurolex Bohemia Praha 2005, S. 167-169.

<sup>2</sup> Vgl. Huber, Hans: Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti 26. Sept. 1953, Polygraph. Verlag Zürich 1953, S. 59 ff. (66).

abermals die Rolle des tschechischen Verfassungsgerichts in Brunn (Brno) und der in seiner Judikatur geleisteten Vorgaben hervorzuheben.

Die Untersuchung des tschechischen Ermessensproblems wird dadurch erschwert, dass noch viele Autoren den Ausgangspunkt in der Behandlung des Gegenstands nur undeutlich erkennen lassen, nur die Lehrmeinung des Autors aussprechen oder die Problematik nur kurz umreißen und ohne kritische Auseinandersetzung auf andere Stellen verweisen<sup>3</sup>. Nur einige Autoren<sup>4</sup> beschäftigten sich auch in eigenen Abhandlungen mit dem Problemkreis. Fast gänzlich unterbleiben erschöpfende rechtstheoretische Betrachtungen des Themas<sup>5</sup>. Der Grund dafür ist insbesondere die überwiegende Herangehensweise an den Untersuchungsgegenstand von der Seite der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung und ihres Umfangs her, statt – um mit *Rill* zu sprechen<sup>6</sup> – eine Abgrenzung vom unbestimmten Rechtsbegriff als eine Frage der Interpretationslehre zu unternehmen. Zudem kann auf Ergebnisse der deutschen<sup>7</sup> und insbesondere österreichischen Literatur<sup>8</sup> zurückgegriffen werden, die eine rein rechtstheoretische und nicht rechtsdogmatische Abgrenzung zwischen Ermessen und sog. unbestimmten Rechts- oder Gesetzesbegriffen verneint.

Vor diesem „rechtstheoretisch geklärten“ Hintergrund ist das Verwaltungsermessen als „zusammengesetzte und strukturierte Erscheinung [...], über die weder Einigkeit noch Klarheit herrscht“<sup>9</sup>, im Besonderen rechtsdogmatisch zu behandeln.

Mit Rücksicht auf Rechtssicherheit und Investitionsschutz im neuen EU-Mitgliedstaat besteht darüber hinaus das Bedürfnis, die rechtlichen Grundlagen der lange Zeit gesetzessystematisch unzureichend behandelten Gewerbebefreiheit als notwendig wirtschaftsverwaltungsrechtlich ausgeprägte Form der verfassungsrechtlich garantierten Unternehmerfreiheit zu untersuchen. Gerade auf dem Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts spielen aber Ermessensentscheidungen eine besondere Rolle. Die Problemfelder sind daher vorliegend zu verknüpfen.

---

<sup>3</sup> Dies trifft noch auf viele die Begrifflichkeit des Verwaltungsermessens oder Ermessens behandelnden Arbeiten zu und nur pauschal auf Literatur oder Rechtsprechung verweisen, vgl. z. B. Verwaltungsermessen und Öffentlicher Rechtsombudsmann; Ondrus; auch Horzinkova trotz eigenen Kapitels.

<sup>4</sup> Bazil ; Skulová, Soňa: Správní uvážení – základní charakteristika a souvislosti pojmu (Verwaltungsermessen – Grundlegende Charakteristika und Begriffszusammenhänge), Spisy právnické fakulty Masarykovy University v Brně (Schriften der juristischen Fakultät der Masarykuniversität in Brunn) 2003.

<sup>5</sup> Nur Bazil

<sup>6</sup> Sethy s 7 m 16.

<sup>7</sup> Rupp ???.

<sup>8</sup> Sethy

<sup>9</sup> So kommentiert Skulová, a. a. O., S. 8 den Diskussionsstand.

## II. Fragestellung und ihre Bedeutung

„Wer sich heute anschickt, zum Ermessen Stellung zu nehmen, kann [...] wenig Hoffnung haben, dem Problem neue dogmatische Lichter aufzusetzen.“<sup>10</sup>

Dieser Ausspruch, selbst wenn man ihn für die deutsche Verwaltungsrechtsdogmatik als zutreffend bezeichnen möchte, kann nicht für die Tschechische Republik gelten. Hier bedarf das Institut des Ermessens der Verwaltungsorgane bei ihrer Entscheidungstätigkeit vielmehr erneut der Klärung.

Aufgrund der Neugestaltung der verfassungsrechtlichen Ordnung durch den Zusammenbruch der sozialistischen Systeme in Osteuropa und der rechtsstaatlich gebotenen Kontrolle der Verwaltung durch eine Verwaltungsgerichtsbarkeit war es nur eine Frage der Zeit, bis die Problematik des Verwaltungsermessens (wieder) in den Mittelpunkt der verwaltungsrechtlichen Diskussion der Tschechischen Republik rückt. Zu beachten ist, dass die mit dem Ermessensproblem eng zusammenhängende Frage der gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung<sup>11</sup> in Tschechien über vier Jahrzehnte unterbrochen war. Das dadurch geprägte Verhältnis der Bevölkerung zur Verwaltung war von einer Skepsis gegenüber den neuen Einrichtungen des demokratischen Staates gezeichnet und ließ daher den erwarteten Gewinn der Schaffung einer strukturierten Verwaltungsgerichtsbarkeit als gering erscheinen.<sup>12</sup>

Daher ist es auch nicht verwunderlich, warum es erst ein Jahrzehnt nach der Verabschiedung der Verfassung der Tschechischen Republik einschließlich der ein Oberstes Verwaltungsgericht (*Nejvyšší správní soud (NSS)*) vorsehenden Bestimmungen (Art. 91 und 92 der Verfassung<sup>13</sup>) zur Wiedererrichtung einer strukturell (zumindest teilweise) selbständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit kam.

Dabei wurde dieser Zustand vom tschechischen Verfassungsgericht immer wieder kritisiert und das bis zur genannten Wiedererrichtung bestehende System – es wurde ohne ein NSS als

---

<sup>10</sup> Ossenbühl, Fritz: Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, S. 618. In DÖV 1972, 401: Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, S. 401 hielt derselbe das Thema offensichtlich für „ausgeschrieben“.

<sup>11</sup> Bei Ehmke, Horst: „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, Recht und Staat Heft 230/231, Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1960, S. 7 findet sich die Bemerkung, dass diese fast allen Abhandlungen gemeinsame Sichtweise, das Ermessensproblem als Problem sowohl der Gesetzesanwendung durch die Verwaltung als auch deren gerichtlicher Kontrolle zu sehen, der jüngeren konstitutionellen Staatsrechtslehre und dem damit verbundenen staatsrechtlichen Positivismus entstammt. Dies mag auch auf Tschechien mit seiner (vormalig) ausgeprägten rechtspositivistischen Tradition zutreffen.

<sup>12</sup> Vgl. Hofmann, Mahulena: Gerichtliche Kontrolle der Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung von Ermessenentscheidungen am Beispiel Tschechiens in: Luchterhandt, Otto (Hrsg.): Verwaltung und Verwaltungsrecht im Erneuerungsprozess Osteuropas, Berlin 2001, S. 371.

<sup>13</sup> Gesetz Nr. 1/1993 Slg., Verfassung der Tschechischen Republik (*Ústava České republiky*).

eine eigene höchste Instanz auf der niedrigeren Stufe nur erstinstanzlich und kassatorisch durch spezielle Senate der allgemeinen Gerichte entschieden – vor allem hinsichtlich fehlender Unabhängigkeit und der Vorgaben aus Art. 6 EMRK für bedenklich erklärt<sup>14</sup>.

Entsprechendes gilt auch für den Bereich des Verwaltungsverfahrens, in dem das die Verwaltungsordnung (VwO) a. F.<sup>15</sup> aus dem Jahre 1967 ablösende Gesetz Nr. 500/2004 Slg., in der Fassung des Gesetzes Nr. 413/2005 Slg., gültig seit 1. Januar 2006<sup>16</sup>, nunmehr insbesondere auch dem europäischen Standard<sup>17</sup> der rechtlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens entspricht.

Vor dem Hintergrund der Gestaltungsfrage der Verwaltungsgerichtsbarkeit als solcher wurde der für die Ermessensproblematik so bedeutenden Frage seiner gerichtlichen Überprüfung und damit seiner Bestimmung auch durch die mögliche Durchsetzung des Verwaltungsermessens gegenüber der Gerichtsbarkeit erst spät Aufmerksamkeit geschenkt.

Das Verwaltungsermessen gehört auch im tschechischen Verwaltungsrecht zum weiten Problemfeld der Vollziehung der Gewalt und der Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung<sup>18</sup>. Von fachlichem Interesse ist die Problematik des Verwaltungsermessens hier in besonderem Maße bereits deshalb – neben ihrer Bedeutung für die Merkmale und den Standard der öffentlichen Verwaltungstätigkeit – weil sie namentlich mit der Durchsetzung und Vertiefung rechtsstaatlicher Prinzipien zusammenhängende wesentliche Errungenschaften des 20. Jahrhunderts berührt<sup>19</sup>. Darüber hinaus zeigt sich die Vielschichtigkeit der Problematik des Verwaltungsermessens dadurch, dass diese einerseits auf der Ebene der Gesetzgebung, andererseits auf der Ebene der Auslegung und Rechtsanwendung angesiedelt ist. Als Gegenstand der Untersuchung ist das Verwaltungsermessen als die Seite der Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung zu untersuchen, die den Raum ausmacht, den sowohl rechtliche Regelung als auch reale Verwaltungspraxis durchdringen und der die Sphäre des Einzelnen bestimmt, wenn die öffentliche Verwaltung eine Entscheidung trifft. Für das Verwaltungsermessen gilt dabei typischerweise, dass die rechtliche Regelung dieser Entscheidungstätigkeit dem Subjekt der öffentlichen Verwaltung einen Spielraum für eigenes Ermessen belässt, ob bzw. wie im

---

<sup>14</sup> Vgl. z. B. Pl. ÚS 18/96, Nr. 85 Slg. ÚS, Bd. 6, S. 106 ff.

<sup>15</sup> Gesetz Nr. 71/1967 Slg., über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsordnung) (*o správním řízení (správní řád)*).

<sup>16</sup> Gesetz Nr. 500/2004 Slg., Verwaltungsordnung (*správní řád*), in der Fassung des Gesetzes Nr. 413/2005.

<sup>17</sup> Es soll hier z. B. schon auf die Resolutionen und Empfehlungen des Europarates verwiesen werden. Eine der Letzteren betrifft auch das Verwaltungsermessen. Vgl. dazu unten.

<sup>18</sup> Skulová, Soňa: a. a. O., S. 8.

<sup>19</sup> Zum Rechtsstaatsbegriff in der tschechischen Verfassungsordnung in deutscher Sprache vgl. Weiß, Wolfgang: Die Verankerung des Rechtsstaatsprinzips in tschechischen Verfassung, Diss. Regensburg 2004.

konkreten Fall zu verfahren ist. *Adolf Merkl* brachte dies für seine Zeit zutreffend zum Ausdruck, indem er sagte, dass

„das Ermessen, bildlich gesprochen, die Pforte darstellt, durch die die außerrechtliche Motivation in das Gebäude der Rechtsordnung hereintritt.“<sup>20</sup>

Der Bereich des Verwaltungsermessens muss auch die Veränderungen widerspiegeln, zu denen es im rechtlichen Regelungsbereich der öffentlichen Verwaltung, d. h. der Beziehungen der öffentlichen Verwaltung zum Einzelnen kommt. Bei der Klärung dieses Instituts geht es also um die Frage der inhaltlichen Seite der Entscheidungsgestaltung, die wegen der Deutlichkeit und Offenkundigkeit von Reformprozessen in der organisatorischen Struktur der öffentlichen Verwaltung oft vergessen wurde. Es sollte im Übrigen Ziel sein, die öffentliche Verwaltung in Richtung auf die Erfüllung der Standards eines modernen Rechtsstaats hin und damit auch zu denen eines sog. europäischen Verwaltungsraums zu wandeln.

Die bedeutenden Veränderungen haben ihre Grundlage und ihren Ausgangspunkt in Bestimmungen der Verfassung, der internationalen Verträge und vor allem des durch sie begründeten Prinzipien des demokratischen Rechtsstaats sowie im Bekenntnis zu den Grundrechten und Grundfreiheiten. In der tschechischen Literatur<sup>21</sup> wird zurecht bemerkt, dass den Prinzipien und Werten jedoch keineswegs vollständige und automatische Gültigkeit im imaginären „Jahr Eins“ verliehen wurde, sondern sie drangen und dringen schrittweise bis in die rechtliche Regelung der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung und in die Verwaltungspraxis vor.

Die beschriebenen Zusammenhänge erfordern insoweit eine ausführliche (zumal auch rechtsvergleichende) Analyse der Wesenszüge des Verwaltungsermessens im tschechischen Verwaltungs(prozess)recht (*správní právo (procesní)*) sowie der damit verbundenen Bezüge zur Verwaltungswissenschaft (*správní věda*), Verwaltungsrechtstheorie (*teorie správního práva* oder *věda o správním právu*) und Verwaltungsrechtsdogmatik, aber auch Verwaltungspolitik (*správní politika*) und Verwaltungslehre (*správní nauka*) als unbedingt notwendig erscheinen<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Merkl, A.: *Obecné právo správní*, I. díl (*Allgemeines Verwaltungsrecht, I. Band*), Orbis Praha/Brno 1931, S. 151:

„[...] *Juvažování představuje, obrazně řečeno, bránu, kterou vchází do budovy právního řádu mimoprávní motivace.*“

<sup>21</sup> Skulová, S.: a. a. O.

<sup>22</sup> Nach Sládeček, Vladimír: *Obecné správní právo (Allgemeines Verwaltungsrecht)*, ASPI 2004, S. 27 ist das tschechische Verwaltungsrecht der deutsch-österreichischen Verwaltungskonzeption (neben dem

Für die Fragestellung des Verwaltungsermessens bedeutet dies, das Ermessen rechtstheoretisch und rechtsdogmatisch – in Abgrenzung von rechtspolitischen, historischen etc. Gesichtspunkten – zu bestimmen. Im Anschluss ist die Frage der gerichtlichen Überprüfbarkeit zu untersuchen. Im Hinblick auf das praktische Anwendungsfeld der gewerberechtlichen Praxis stellt sich darüber hinaus die Frage, inwieweit vor allem verbindliche Überprüfungsmaßstäbe in Verwaltung und Gerichtsbarkeit im Bereich des Verwaltungsermessens bei Entscheidungen der tschechischen öffentlichen Verwaltung auf dem Gebiet des Gewerberechts verwirklicht werden.

### **III. Zielsetzung**

Die Untersuchung lässt weniger für die Rechtstheorie als mehr für die Rechtsdogmatik und die Rechtspraxis einen Erkenntnisgewinn erwarten. Es wird ein Beitrag geleistet, die sich noch in der Entwicklung befindliche Theoriebildung in Bezug auf die Problematik des Verwaltungsermessens hinsichtlich seiner Interpretation und Anwendung einerseits und seiner verwaltungsgerichtlichen Überprüfung nach einheitlichen Kriterien und Gesichtspunkten andererseits voranzutreiben. Darüber hinaus zielt die Untersuchung darauf ab, das für eine junge Demokratie wie die Tschechische Republik so bedeutsame Spannungsverhältnis zwischen dem Anspruch an Rechtsstaatlichkeit auf der einen und notwendiger Entscheidungsflexibilität der (Wirtschafts-)Verwaltung auf der anderen Seite zu bewältigen. Durch die Identifikation und Systematisierung von Interpretationskriterien und Überprüfungsmaßstäben für das Verwaltungsermessen sollen die Bezüge zu einem sich entwickelnden europäischen Verwaltungsrecht, namentlich den allgemeinen Verwaltungsrechtsgrundsätzen sowie zur Entstehung eines sog. europäischen Verwaltungsraums hergestellt werden.

---

französischen und angelsächsischen Verwaltungsbegriff) zuzuordnen (ähnlich auch bei Hendrych, Dušan a kol. (u. a.): *Správní právo. Obecná část* (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), 5. geänderte und erweiterte Aufl., C. H. Beck Praha 2003, S. 16 f.). Verwaltungswissenschaft untersucht nach Sládeček die praktische (faktische) Funktionsweise der Verwaltung und wendet die Theorie der Verwaltungsorganisation und die Theorie des Verwaltungsverfahrens auf die Bedingungen und Probleme der öffentlichen Verwaltung an. Die Verwaltungsrechtstheorie ist die normative Wissenschaft, die sich mit der existierenden rechtlichen Regulierung beschäftigt und die Fragen künftiger Regelung klärt. Die Verwaltungspolitik beurteilt die öffentliche Verwaltung nach vorher bestimmten Kriterien und sichert bei einzelnen Rechtsinstituten die Durchsetzung von Verwaltungszielen. Die Verwaltungslehre hat den tatsächlichen Zustand der öffentlichen Verwaltung zum Untersuchungsgegenstand. (Sládeček, a. a. O., 31, ähnlich Hendrych, Dušan: *Správní věda. Teorie veřejné správy* (Verwaltungswissenschaft. Theorie der öffentlichen Verwaltung), ASPI 2003, S. 25 f.; für das deutsche Verwaltungsrecht vgl. dazu Wolff, Hans J./ Bachof, Otto: *Verwaltungsrecht*, Band I, 11. Auflage, C. H. Beck München 1999, S. 146 ff.)



Ergänzend wird im Hinblick auf die erzielten Ergebnisse die wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ermessensproblematik auf dem Gebiet des Gewerberechts als praktischem Anwendungsfeld behandelt.

#### **IV. Anmerkungen zur Methodik**

Neben im jeweiligen Zusammenhang zu erläuternden Fragen der tschechischen Methodenlehre und Interpretationstheorie erfordert der gezeichnete Kontext eine entsprechende Methodik in doppelter Richtung: bei der Einnahme der rechtsvergleichenden Perspektive einerseits und bei der Herausbildung gemeinsamer Prinzipien und Grundsätze als Kern eines europäischen Verwaltungsrechts vor dem Hintergrund der Neumitgliedschaft Tschechiens in der EU mit den damit verbundenen Rechtswirkungen andererseits.

Eine Besonderheit liegt darin, dass es sich bei der Tschechischen Republik um einen ehemals sozialistischen osteuropäischen Staat handelt. Die Ostrechtsforschung gilt traditionell als spezifische Sparte der Rechtsvergleichung mit Blick auf eine bestimmte Region mit kulturellen und sprachlichen Besonderheiten von im Kern politischem und vor allem auch wirtschaftlichem Interesse<sup>23</sup>.

Die Rechtsvergleichung ist bisher überwiegend in den weiten Bereichen des Privatrechts betrieben worden<sup>24</sup>. Umso bemerkenswerter erscheint die Tatsache, dass deren geschichtliche Wurzeln im Schwerpunkt im Staatsrecht zu verorten sind<sup>25</sup>. So bewahrheitet sich der Ausspruch, dass die rechtlichen Erfahrungen der „älteren“ Staaten auf das öffentliche Recht, besonders auf das Verfassungsrecht der „jüngeren“ Staaten maßgeblichen Einfluss ausgeübt haben und noch ausüben<sup>26</sup>, auch für den verfassungsrechtsvergleichenden Ansatz bei der Entwicklung der jungen Demokratien im Osten Europas.

Mangels einheitlicher, allgemein anerkannter Definition weder auf nationaler noch europäischer Ebene, lässt sich die Rechtsvergleichung allgemein deskriptiv fassen als

---

<sup>23</sup> Der Begriff der Ostrechtsforschung fasst die die Forschungsbemühungen hinsichtlich der Untersuchung der Rechtsordnungen und des rechtswissenschaftlichen Schrifttums der Staaten Ost- und Südosteuropas in Vergangenheit und Gegenwart zusammen. Zu ihren Aufgaben gehört eine möglichst lückenlose Dokumentation vor allem des geltenden Rechts der betreffenden Staaten.

<sup>24</sup> Vgl. bspw. Bernhardt, R.: Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht, ZaÖRV, Bd. 24 (1964), S. 431 ff.; Kaiser, J. H.: Vergleichung im Öffentlichen Recht, Einleitung, ZaÖRV, Bd. 24 (1964), S. 391 ff (402).

<sup>25</sup> Insoweit gilt Montesquieu mit seinem Werk „De l’Esprit des Lois“ als Begründer der modernen Rechtsvergleichung. Schon Aristoteles sammelte griechische Verfassungen und entwickelte in seiner „Politik“ eine vergleichende und wertende Staatslehre.

<sup>26</sup> Vgl. Bernhardt, a. a. O., S. 443 f.; Kaiser, a. a. O., S. 400.

„das Zueinander-Inbezugsetzen von verschiedenen Rechtsordnungen, wobei sich dieser Prozess sowohl auf ganze Rechtsordnungen in ihrem Geist und Stil erstrecken kann (sog. Makrovergleichung) als auch auf einzelne Problemlösungen, wie sie von den betreffenden Rechtsordnungen jeweils angeboten werden (sog. Mikrovergleichung)“.<sup>27</sup>

Ziel ist dabei, nicht nur als Erkenntnismethode, die „bessere Lösung“ zu finden, sondern auch spezifisch praxisbezogenen Aufgabenstellungen hinsichtlich der vorbereitenden Rechtssetzung und der Bemühung zur Rechtsvereinheitlichung gerecht zu werden sowie als Hilfsmittel der richterlichen Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung zu dienen. Als methodisches Grundprinzip der Rechtsvergleichung ist das Funktionalitätsprinzip allgemein anerkannt<sup>28</sup>.

Die Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht hat dessen Eigenheiten zu berücksichtigen. Seine Bestimmung auch durch außerrechtliche Faktoren – namentlich historische Tradition oder politisch-ideologische Vorstellungen prägt die Begrifflichkeit in weitaus höherem Maße als im Privatrecht durch nationale Wertvorstellungen oder Grundüberzeugungen<sup>29</sup>. Neben dem Faktum des Ineinanderwirkens von geschriebenem und ungeschriebenem Recht wie auch der Gestaltwerdung oftmals über das Richterrecht spielen insoweit traditionell Rahmenvorschriften und wertausfüllungsbedürftige Begriffe eine erhebliche Rolle.

Auch für die Vergleichung im öffentlichen Recht müssen methodisch die allgemeinen Grundsätze der Rechtsvergleichung gelten<sup>30</sup>. Aus den angeführten Eigenheiten jedoch nur den Schluss zu ziehen, vor der Relativität juristischer Begriffe aufgrund einer überwiegenden nationalstaatlichen Bindung im öffentlichen Recht resignieren zu müssen, wäre verfehlt. Vielmehr müsste diese Tatsache gerade Anlass sein, die noch schwachen rechtsvergleichenden Bemühungen insbesondere für das moderne Verwaltungsrecht zu stärken<sup>31</sup>. Insbesondere die Internationalisierung der Rechtsbeziehungen – vor allem innerhalb der Europäischen Gemeinschaft und des Europarates eröffnet dabei auch die Chance der Schaffung und Durchsetzung gemeinsamer Rechtsprinzipien und

---

<sup>27</sup> Zusammenfassend Schwarze, Jürgen: Europäisches Verwaltungsrecht – Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, 2. erweiterte Auflage, Nomos Baden-Baden 2005, S. 75 f.

<sup>28</sup> Nachweise bei Schwarze, a. a. O., S. 80. Anders noch für nur eine institutionelle Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht Bernhardt, a. a. O., S. 436.

<sup>29</sup> Bernhardt, a. a. O., S. 441 und Kaiser, a. a. O., S. 401 f., die deren wirklichen Gehalt erst durch Berücksichtigung der politischen Einflüsse, der gesellschaftlichen Kräfte, die Effektivität der Verfassung u. ä. festgestellt wissen wollen. (Rechts-)Sprachliche Besonderheiten werden noch gar nicht erwähnt.

<sup>30</sup> Allgemein Zweigert, Stichwort „Rechtsvergleichung“, in: Strupp, K./Schlochauer, H.-J.: Wörterbuch des Völkerrechts, 3. Bd., Berlin 1962, S. 79; Constantinesco, L.-J.: Rechtsvergleichung, Bd. II, Köln u. a. 1972, S. 33, 66-68, 331 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Bernhardt, a. a. O., S. 437.

Rechtsgrundsätze im Sinne eines einheitlichen gemeineuropäischen „ius commune“ des öffentlichen Rechts.<sup>32</sup>

Ist die Forschung auf dem Gebiet des vergleichenden Verfassungsrechts in Bezug auf die osteuropäischen Mitgliedstaaten schon weit fortgeschritten, so besteht ein umso intensiveres Bedürfnis nach allgemeiner und besonderer Verwaltungsrechtsvergleichung. Nach der politischen Neugestaltung durch die liberal-demokratische Revolution in Ostmittel-, Ost- und Südosteuropa wurde ein Prozess der Rechtsschöpfung und Rechtserneuerung, der Rezeption und Transformation in Gang gesetzt, wie ihn Europa seit dem 19. Jahrhundert nicht mehr erlebt hatte<sup>33</sup>. Im Vergleich zur Erarbeitung eines neuen Staatsrechts, allen voran der Verfassungen, beschäftigte man sich eher punktuell mit der Erneuerung des Verwaltungsrechts. Erst in der zweiten Hälfte der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts hat man begonnen, sich auch der Reform der Verwaltung und vordergründig dem verfassungsnahen allgemeinen Verwaltungsrecht zuzuwenden. In der (vergleichenden, westeuropäischen) Ostrechtsforschung steht die rechtswissenschaftliche Bearbeitung des neueren Verwaltungsrechts – im Gegensatz zur schon breiten und tiefen Begleitung, Analyse und Kommentierung sowohl der Staatsrechtsentwicklung als auch zur (vor allem wirtschaftsrechtlichen) Privatrechtsvergleichung – sowohl für Teile des allgemeinen, in großem Maße aber noch für das besondere (Wirtschafts-)Verwaltungsrecht noch am Anfang. Namentlich in Tschechien wird mit der neuen zu Beginn des Jahres 2003 in Kraft getretenen VwPO unter Errichtung einer längst überfälligen, (wenn auch noch nicht gänzlich) selbständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit und mit der ab 1. Januar 2006 gültigen modernen Verwaltungsordnung sowie den zahlreichen gewerberechtlichen Neuerungen Anlass gegeben, in diesem Bereich Abhilfe zu schaffen.

Die Bedeutung der Methode der Verwaltungsrechtsvergleichung vor dem Hintergrund der Europäisierung der nationalen Verwaltungsrechte und Verwaltungsprozessrechte sowie für die Entwicklung in Richtung eines europäischen ius commune im Verwaltungsrecht gerade unter Einbeziehung der neueren Entwicklungen in den neuen Mitgliedstaaten<sup>34</sup> kann nicht genug betont werden. Schon nach dem zweiten Weltkrieg gewann die Verwaltungsrechtsvergleichung durch die Zusammenarbeit der europäischen Staaten im

---

<sup>32</sup> Vgl. Schwarze, a. a. O., S. 86.

<sup>33</sup> Vgl. Luchterhandt, Otto (Hrsg.): Verwaltung und Verwaltungsrecht im Erneuerungsprozess Osteuropas, Berlin 2001, S. 5.

<sup>34</sup> Für die junge westeuropäische Verwaltungsrechtsvergleichung seien stellvertretend Otto Mayer, Edouard Lafferrière, Albert V. Diceys und Frank J. Goodnow erwähnt.

Europarat und in der EG eine neue Dimension.<sup>35</sup> Insbesondere im Rahmen der Letzteren ist der EuGH auf ihre Ergebnisse angewiesen<sup>36</sup>. Bereits *Otto Mayer* führte aus:

„Unterschiedliche Auffassungen etwa über den Verwaltungsakt, seine Rechtswidrigkeit und deren Folgen, über Ermessensfehler der deutschen und das *détournement de pouvoir* der französischen Lehre müssen in der europäischen Rechtsprechung ausgeglichen werden. Davon können die nationalen Dogmatiken nicht unberührt bleiben. Man kann sich wohl kaum vorstellen, dass auf lange Sicht eine deutsche, eine französische, eine italienische usw. und überdies noch eine gemeineuropäische Dogmatik des Verwaltungsgeschehens unvermittelt nebeneinander bestehen können.“<sup>37</sup>

Neben dem Beitrag der Kommission und des EGMR sind die Empfehlungen und Resolutionen des Europarats zur Entwicklung gemeineuropäischer Verwaltungsstandards anzuführen<sup>38</sup>.

Spätestens mit dem Beitritt der osteuropäischen Reformstaaten zur EU hat sich die Dimension dieses Prozesses noch einmal erheblich erweitert.

Die beschriebene Beschränkung der Verwaltungsrechtsvergleichung in Bezug auf die neuen osteuropäischen Mitgliedstaaten trifft besonders auf untersuchte spezielle Aspekte des Verwaltungsrechts und Verwaltungsprozessrechts – wie das Verwaltungsermessen und das Ausmaß gerichtlicher Kontrolldichte von Verwaltungsentscheidungen zu<sup>39</sup>. Aus einer doppelten Aktualität heraus also wird im Rahmen dieser Untersuchung am Beispiel der Tschechischen Republik mit seinen grundlegenden Neuerungen im Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht ein Beitrag dazu geleistet, die noch große Lücke in der (vergleichenden) Ostrechtsforschung ein Stück weiter zu schließen.

---

<sup>35</sup> So Schwarze, a. a. O., S. 89 mit Nachweisen.

<sup>36</sup> Aus neuerer Zeit soll Jean Rivero mit seinem Werk «Cours de droit administratif comparé» (rédigé d'après les notes et avec l'autorisation de J. Rivero), Paris 1957-1958 (vgl. S. 52 ff.) angeführt werden.

<sup>37</sup> Bachof, Otto: *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, VVDStRL, Bd. 30 (1972), S. 193 ff.

<sup>38</sup> Hierher gehört auch die Recommendation No. R (80)2 of the Committee of Ministers concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative Authorities, 28 March 1977 (Council of Europe, Information Bulletin on legal activities, June 1980, p. 50), abgedruckt in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.): *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, Nomos Baden-Baden 1982, S. 165.

<sup>39</sup> Für die Beschränkung auf den westeuropäischen Bereich sollen stellvertretend die nicht weniger wichtigen Arbeiten erwähnt werden von Bullinger, Martin: *Verwaltungsermessen im modernen Staat*, Nomos Baden-Baden 1986, Frowein, Jochen Abr. (u. a.): *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, Springer-Verlag 1993 und Bleckmann, Albert: *Ermessensfehlerlehre: Völker- und Europarecht, vergleichendes Verwaltungsrecht*, Carl Heymanns Verlag KG 1997.

## V. Gang der Untersuchung

Entsprechend den vorangehenden Ausführungen zur Bewältigung der Zielsetzung nach den erwähnten methodischen Anforderungen richtet sich die Behandlung des Untersuchungsgegenstands des Verwaltungsermessens im Folgenden nach der aufgeworfenen Fragestellung.

Im Teil B) der Untersuchung werden in einem ersten Abschnitt (I.) zunächst die historischen Zusammenhänge und die rechtstheoretische Entwicklung des begrifflichen Verständnisses des Verwaltungsermessens als Rechtsinstitut erarbeitet, bevor die rechtsdogmatischen Wesenszüge und Begriffszusammenhänge sowie Kriterien für die Auslegung und Anwendung dieses Rechtsinstituts behandelt werden. Nach der Behandlung der geschichtlichen Entwicklung der Grundlagen des Verwaltungsermessens und des Verhältnisses zu öffentlichen subjektiven Rechten (1.) werden die Auffassungen der tschechischen Literatur (2. a) und b)) der Judikatur der älteren und neueren Verwaltungsgerichtsbarkeit, vor allem des ehemaligen und wiedererrichteten NSS<sup>40</sup> (2. c) aa)), sowie im Anschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit (2. c) bb)) gegenübergestellt. Es folgt die Behandlung der rechtstheoretischen Entwicklung des begrifflichen Verständnisses des Verwaltungsermessens (2. d)), insbesondere unter Gegenüberstellung von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen. Daran anschließend wird die rechtsdogmatische Bedeutung für die heutige Literatur und Rechtspraxis erörtert (2. e)). Überleitend werden die spezifischen Fragestellungen und Problembereiche im Hinblick auf die rechtsdogmatische Verfasstheit des Verwaltungsermessens präzisiert. Zunächst werden die Wesenszüge und Begriffszusammenhänge des Verwaltungsermessens behandelt (3.). Unter Ableitung von Strukturkategorien vor allem in der Gestalt von Grundsätzen und Prinzipien werden Kriterien für die Auslegung und Anwendung (4.), namentlich die Bestimmung des Verwaltungsermessens gebildet.

Der zweite Abschnitt (II.) befasst sich mit der verwaltungsprozessualen Fragestellung der gerichtlichen Überprüfbarkeit und Kontrolldichte unter Berücksichtigung der in 4. abgeleiteten ermessensbestimmenden und –begrenzenden Gesichtspunkte.

Unter Rückgriff auf die gewonnenen Ergebnisse des Teils B) der Untersuchung wird im wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Teil C) nach der Erörterung der gewerberechtlichen

---

<sup>40</sup> *Bývalý Nejvyšší správní soud (bývalý NSS)*=Ehemaliges Oberstes Verwaltungsgericht.

Grundlagen (I.) das Verwaltungsermessen auf dem Gebiet des tschechischen Gewerberechts  
(II.) einschließlich der einschlägigen Judikatur behandelt.

## B. Das Verwaltungsermessen in der tschechischen Verwaltungsrechtsordnung

### **I. Verwaltungsermessen im tschechischen Verwaltungsrecht**

#### **1. Die historische Entwicklung der Grundlagen des Verwaltungsermessens und das Verhältnis zu öffentlichen subjektiven Rechten**

##### a) Allgemeines zur geschichtlichen Entwicklung bis zur konstitutionellen Monarchie

In den letzten 150 Jahren hat sich im Bereich des Vollzugs der Entscheidungsmacht der öffentlichen Verwaltung ein grundlegender Wandel vollzogen. Im Konkreten gilt dies auch und gerade für die Begrenzung des der Verwaltung zugestandenen Gestaltungsspielraums und damit auch für die Rechtsstellung des Einzelnen, die entscheidend vom Entscheidungsvollzug der öffentlichen Verwaltung betroffen war.

Wie bereits *Adolf Merkl*<sup>41</sup> in seiner tschechischsprachigen Abhandlung „Allgemeines Verwaltungsrecht“ feststellt, war nach der älteren Verwaltungslehre zu Zeiten des Polizeistaats die Verwaltung inhaltlich nicht an das Recht gebunden. Ermessen wurde in diesem Sinne nur auf den Bereich der staatlichen Verwaltung bezogen. Insoweit war der ganze Verwaltungsbereich von Ermessen gezeichnet.

So war es auch im Verfassungsverständnis der konstitutionellen Monarchie noch ohne weiteres legitim, der öffentlichen Verwaltung einen Freiraum von gesetzlicher Regelung und gerichtlicher Kontrolltätigkeit zuzugestehen.<sup>42</sup>

Dies änderte sich im Zuge der Entwicklung der Grundlagen des rechtsstaatlichen Beziehungsgeflechts, was nach einem kurzen vorgezogenen Exkurs über die sozialistische Zeit in den darauffolgenden Abschnitten untersucht werden soll.

##### b) Exkurs: Verwaltungsermessen aus Sicht der sozialistischen Rechtstheorie

---

<sup>41</sup> Merkl, Adolf: *Obecné právo správní*, I. díl (*Allgemeines Verwaltungsrecht, I. Band*), Orbis Praha/Brno 1931, S. 151.

<sup>42</sup> Zahlreiche Nachweise für den deutschen und österreichischen Rechtsraum bei Bullinger, Martin: JZ 1984, S. 1001: Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, S. 1001, Fn. 5.

In Zeiten kommunistischer Herrschaft<sup>43</sup> wurde in der tschechischen Rechtstheorie<sup>44</sup> hinsichtlich der Gebundenheit des Ermessensspielraums eine Differenzierung nach der Reife des Rechtssystems und der Rechtskultur angestellt<sup>45</sup>. Nach Jiří Boguszak<sup>46</sup> ist die Gesetzlichkeit (*zákonnost*) bei der Rechtsanwendung grundsätzlich verbunden mit dem Prinzip der Gebundenheit (*vázanost*) staatlicher Organe durch Rechtsnormen. Dieser Grundsatz ist nicht ohne Präzisierung und Beachtung gewisser methodischer oder technischer Regeln zu verwirklichen, die vor allem bei der Rechtsbildung geltend zu machen sind. Es ging um Regeln, die nicht in den Vorschriften des gültigen Rechts ausgedrückt wurden. Zwar gingen diese von den Erkenntnissen über die Struktur der Rechtsnormen und des Verfahrens bei der Verwirklichung des Rechts aus, ihre Bewertung und Geltendmachung war dabei aber den politisch-rechtlichen Grundsätzen der Gesetzlichkeit (*zákonnost*)<sup>47</sup> untergeordnet. Unter Feststellung der Relativität dieser Gebundenheit unterscheidet Boguszak verschiedene Arten von Fällen, in denen Rechtsnormen staatlichen Organen ein sog. Ermessen ermöglichen: 1. das sog. freie Ermessen (das diskretionäre Recht) (*volné uvážení (diskreční právo)*) und 2. Ermessen (*uvážení*).<sup>48</sup> Ersteres bedeutet nach seiner Definition im Wesentlichen absolute Ungebundenheit und stand daher als freier Erwägungsvorgang des staatlichen Organs bei der Rechtsanwendung im Widerspruch zu den modernen Grundsätzen der Gesetzlichkeit. In Staaten mit reifer Rechtskultur ist danach ein solches freies Ermessen durch die Verfassung ausgeschlossen. Er stellt insoweit fest, dass das Maß der Gebundenheit der staatlichen Organe durch Rechtsnormen beim Erlassen individueller rechtlicher Akte von dem Niveau der Rechtskultur, von den Arten formaler Rechtsquellen, der Technik der Rechtsbildung, der Entwicklung der rechtlichen Regelung, oft auch vom Niveau der Zentralisierung

---

<sup>43</sup> Der Einfachheit halber findet eine Beschränkung auf die Zeit ab Mitte der 1960er Jahre statt, die mit einer zunehmenden juristischen Diskussion über die Notwendigkeit einer Verstärkung der Gesetzlichkeitsgarantien eingeleitet wurde (vgl. mit Nachweisen aus der tschechischen Fachliteratur Kuss, Klaus-Jürgen: Gerichtliche Verwaltungskontrolle in Osteuropa, Osteuropa-Institut an der Freien Universität Berlin, Rechtswissenschaftliche Veröffentlichungen, Band 15, Nomos Berlin 1990, S. 370).

<sup>44</sup> Vgl. stellvertretend Boguszak, Jiří: *Teorie státu a práva* (Theorie des Staates und des Rechts), Band I, Orbis Praha 1967 und *Teorie státu a práva* (Theorie des Staates und des Rechts), Band II, Orbis Praha 1968 sowie Čapek, Jiří: *Interpretace socialistického práva (Základní teoretické otázky)* (Interpretation des sozialistischen Rechts (Grundlegende theoretische Fragen)), AUC Univerzita Karlova Praha 1983. Zur Entwicklung des Verwaltungsrechts in der Zeit vgl. in deutscher Sprache Mikule, Vladimír: *Verwaltungsrecht und öffentliche Verwaltung auf dem Territorium der Tschechischen Republik nach 1945* in: Mohnhaupt, Heinz / Schönfeldt, Hans-Andreas: *Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften (1944-1989)*, Einführung in die Rechtsentwicklung mit Quellendokumentation, Band 4, Tschechoslowakei (1944-1989), Vittorio Klostermann Frankfurt am Main 1998, S. 103 ff.

<sup>45</sup> Die marxistische Konzeption, die nach dem Jahr 1948 nach und nach die tschechische Fachliteratur beherrschte, brachte – in der irrümlichen Überzeugung von der Untrennbarkeit des Staates und des Rechts – das Lehr- und Wissensgebiet der allgemeinen Theorie des Staates und des Rechts (*obecná teorie státu a práva*) hervor, die die Rechtsphilosophie an die Peripherie der Rechtswissenschaft drängte (soweit sie sich überhaupt auf sie stützte) und die allgemeine Staatswissenschaft gänzlich liquidierte. Zugleich wurde der allgemeinen Theorie des Rechts als Teil der allgemeinen Theorie des Staates und des Rechts ein Standardinhalt zuteil, der sich mit Beginn der vierzig Jahre in der Sowjetunion abklärte und sich dann mit nicht großen Änderungen bis in jüngste Zeit wiederholte (vgl. Knapp, Viktor: *Teorie práva* (Rechtstheorie), C. H. Beck Praha 1995, S. 7).

<sup>46</sup> Boguszak, Jiří: *Teorie státu a práva* (Theorie des Staates und des Rechts), Band I, Orbis Praha 1967, S. 428.

<sup>47</sup> Es wird hier bewusst die Übersetzung „Gesetzlichkeit“ (und nicht „Gesetzmäßigkeit“) verwandt, um die rechtsrealistische Öffnung für die sozialistische Theorie zu betonen.

<sup>48</sup> Boguszak, J.: a. a. O., S. 430.



der staatlichen Gewalt und Methoden des Regierens und Verfahrens abhängt, wie auch überhaupt von einer Reihe politischer Faktoren.<sup>49</sup>

Die Bestimmung der Grenzen des Ermessens erfordert eine sachliche (auch rechtlich-soziologische) Analyse der Bedingungen und Bedürfnisse der einschlägigen Regelungen der Beziehungen mit Rücksicht auf die Interessen, die die rechtliche Regelung durchsetzen soll, und auf die konkrete historische Situation. Danach lässt sich bei aller Bedingtheit und Relativität dieser Problematik die These aussprechen, dass die Rechtssicherheit und die Verpflichtungen der Bürger um so größer scheinen, je mehr das Organ durch Rechtsnormen gebunden ist. Im Übrigen sind es rechtlich-logische und legislativ-technische Voraussetzungen, von den die Grenzen des Ermessens bei der Rechtsanwendung abhängig sind.<sup>50</sup>

Zusammenfassend konstatiert Boguszak:<sup>51</sup> 1. Reife Rechtssysteme, und folglich auch nicht die sozialistische Gesetzlichkeit, lassen ein sog. freies Ermessen im Sinne einer absoluten Ungebundenheit des staatlichen Organs durch Rechtsnormen bei der Entscheidung nicht zu. Im engen Sinn lässt sich von freiem Ermessen sprechen, wenn die Hypothese (*hypotéza*) der Rechtsnorm überhaupt nicht bestimmt ist (bzw. wenn die Hypothese teilweise absolut unbestimmt ist), sodass überhaupt keine Bedingungen bestimmt sind, unter denen das staatliche Organ erkennt bzw. eine einschlägige Berechtigung begründet oder eine einschlägige Pflicht auferlegt oder sie aufhebt. 2. Damit die Verwirklichung des Rechts nicht zu einem unerwünschten Formalismus führt, ist es notwendig, dass (auch sozialistische) Rechtsnormen in bestimmten Angelegenheiten den zuständigen Organen in gewissen weiteren oder engeren Grenzen ein Recht auf Ermessen (keineswegs freies Ermessen) bei der Rechtsanwendung überlassen. Abschließend spricht er von Ermessen bei der Rechtsanwendung als einmal dem Fall, wenn die Rechtsnorm dem staatlichen Organ nur eine Befugnis oder eine Berechtigung (gegenüber dem Adressaten des Aktes) überträgt und ihm nicht auch eine Verpflichtung (gegenüber dem Staat) auferlegt, einen Anwendungsakt bestimmten Inhalts zu erlassen; andererseits gibt es den Fall, wenn die Hypothese der einschlägigen Rechtsnorm allgemein und zugleich relativ unbestimmt (abstrakt) ist oder wenn sie demonstrativ ist oder manchmal auch, wenn sie frei ist.<sup>52</sup> Erwähnenswert ist noch, dass bei externen Akten als nur individualisierende und nicht konkretisierende Anwendung, soweit es um Berechtigung und Verpflichtung geht, beim Ermessen dieser Art dieser Grundsatz durchbrochen wird, wenn die Disposition (*dispozice*) (gegebenenfalls Sanktion) relativ unbestimmt ist und manchmal auch, wenn diese frei ist.<sup>53</sup> Bei administrativ-rechtlichen Verhältnissen der Über- und Unterordnung zwischen staatlichen Organen

---

<sup>49</sup> Boguszak, J.: a. a. O., S. 431. Er bemerkt, dass dies dann gleichfalls von der Etappe der Entwicklung abhängt: Am geringsten scheint diese Gebundenheit danach in revolutionären Zeiten zu sein, in denen die alte Gesetzlichkeit zusammenbricht und das Recht nicht neuen Bedingungen angepasst wird.

<sup>50</sup> Boguszak, J.: a. a. O., S. 432.

<sup>51</sup> Boguszak, J.: a. a. O., S. 432.

<sup>52</sup> Demgegenüber betont er, dass relativ bestimmte oder konkrete, kasuistische, taxative und deskriptive Hypothesen auf die Begrenzung des Ermessens zielen (vgl. Boguszak, J.: a. a. O., S. 433). Cum grano salis relativiert er aber die Unterscheidung der oben im Text genannten beiden Fälle, indem er beide auf die Kompetenzbegrenzung des staatlichen Organs bei der Rechtsanwendung zurückführt.

<sup>53</sup> Es wird ergänzt, dass demonstrative Disposition und Sanktion praktisch nicht vorkommen.

geht es um den Erlass interner Weisungen, die die Verwirklichung der Berechtigung (gegenüber dem untergeordneten) und Verpflichtung (gegenüber dem Staat) darstellen, die Tätigkeit der untergeordneten Organe zu lenken. Durch sie lassen sich die Berechtigungen und die Verpflichtungen der Untergeordneten konkretisieren, wobei auch in diesem Sinne von Ermessen gesprochen werden kann.

Hinsichtlich einiger inhaltlicher Gesichtspunkte, die die Wahl dieses oder jenes Typs der rechtlichen Regelung beeinflussen, soweit es Ermessen bei der Rechtsanwendung betrifft, gegebenenfalls der Art des Gebrauchs des Ermessens bei der Rechtsanwendung, verweist *Boguszak* auf den zweiten Band seines Werkes<sup>54</sup>. Dort beschreibt er die sozialistische Gesetzlichkeit in der ersten Phase als methode des Klassenkampfes, die alle unerlässlichen Formen der Unterdrückung des Klassenfeindes ausdrücken und geltend machen muss, die den wirklichen Bedürfnissen und Grundsätzen des Sozialismus und den konkreten historischen Bedingungen des Klassenkampfes entsprechen.<sup>55</sup> Als solche muss die sozialistische Gesetzlichkeit den Inhalt und die Formen der Unterdrückungsfunktion in die gewünschte Richtung lenken und ihren Missbrauch begrenzen. Abgesehen von der sehr häufigen Verletzung des sozialistischen Rechts durch staatliche Organe, ermöglichte dieses Recht selbst zum Teil den staatlichen Organen ein weites Ermessen bei der Realisierung der klassenmäßigen Unterdrückungsfunktion, wurde mit unzulänglichen rechtlichen Gewährleistungen der Gesetzlichkeit ausgestattet, gewährte ein verhältnismäßig geringes Maß an Rechtssicherheit.

Deutlich tritt bereits die Problematik der inhaltlichen Bestimmung der Ermessensgrenzen durch die Öffnung des Rechtsgebäudes über die sozialistische Gesetzlichkeit bei seinen Ausführungen zur Rechtsaxiologie hervor, die er als Lehre der Bewältigung des Problems des guten Rechts als Problem der Bewertung des Rechts begreift.<sup>56</sup> Einem Apriorismus bei der Bewertung des Rechts ablehnend gegenüber stehend und einer soziologischen Rechtsaxiologie zuneigend, kann danach die Bewertung des Rechts aus der Sicht der Korrelation verschiedener Werte nicht nur an die empirische Feststellung einer Hierarchie der Werte im Bewusstsein der Gesellschaft binden, sondern soll sich auch auf eine allgemein soziologische Theorie stützen, die die langfristigen Trends der gesellschaftlichen Entwicklung (einschließlich der Entwicklung des Bewusstseins mit seinen Wertekategorien) feststellt, und auf Grundlage dessen die sich aus dem empirischen soziologischen Bewusstsein ergebenden wertenden Schlüsse korrigiert.<sup>57</sup> Dabei geht die marxistische Theorie von einer Verringerung der Aufgaben und Beschaffenheiten des Rechts, von einer Theorie des gesellschaftlichen Fortschritts aus. Auf dieser Basis muss die Rechtsaxiologie die Problematik des guten Rechts lösen, indem sie auch auch der Rechtstechnik (Methode) der Feststellung der verschiedenen Werte oder Interessen

---

<sup>54</sup> Boguszak, Jiří: *Teorie státu a práva* (Theorie des Staates und des Rechts), Band II, Orbis Praha 1968.

<sup>55</sup> Boguszak, J.: a. a. O., S. 242.

<sup>56</sup> Boguszak, J.: a. a. O., S. 271.

<sup>57</sup> Boguszak, J.: a. a. O., S. 272 f.

Beachtung schenkt und in Verbindung damit auch die Geltendmachung der Grenzen des Ermessens bei der Rechtsanwendung und weiterer Gesichtspunkte der Rechtskultur bewertet.<sup>58</sup>

Es ist also im Hinblick auf die Verfasstheit und Geltendmachung des Verwaltungsermessens zu Zeiten kommunistischer Herrschaft festzuhalten, dass rechtsmethodologisch<sup>59</sup> zwar durchaus eine Anknüpfung an die allgemein entwickelten rechtstheoretischen Grundlagen erfolgte, aber die Rechtsverwirklichung in der Rechtsanwendung von der rechtsrealistischen Ausuferung der sog. sozialistischen Gesetzlichkeit überlagert und durchgesetzt war.

### c) Verwaltungsermessen im Beziehungsgeflecht von Rechtsstaatlichkeit und öffentlichen subjektiven Rechten

Eine grundlegender Wandel vollzog sich mit der Durchsetzung der Idee des liberalen Rechtsstaats und der Entwicklung des Prinzips der Gebundenheit der öffentlichen Verwaltung, die eine Gesetzesbindung der Verwaltungstätigkeit durch das Recht und damit die Begrenzung des bislang unbeschränkten Ermessensraums der Verwaltung notwendig machte<sup>60</sup>.

Es musste die Willkür des Staates und seiner Amtsträger begrenzt werden, um mehr Rechtssicherheit für die Adressaten der Verwaltungstätigkeit, die Träger öffentlicher subjektiver Rechte als grundlegende Bausteine des modernen Rechtsstaats<sup>61</sup> zu schaffen.

#### aa) Öffentliche subjektive Rechte (*veřejná subjektivní práva*)

Die Wirkung und Kompetenz der Subjekte der vollziehenden Verwaltung, ebenso auch die für ihren Vollzug bestimmten Bedingungen, bilden mit dem Inhalt öffentlicher Rechte und Pflichten von Personen, die in den Bereich der Verwaltung eintreten, eine feste Gesamtheit.<sup>62</sup>

Der Begriff der subjektiv-öffentlichen Rechte gründet auf der Analogie zum Verständnis subjektiver Rechte im Privatrecht.<sup>63</sup> Soňa Skulová spricht in der heutigen Diktion der

---

<sup>58</sup> Boguszak, J.: a. a. O., S. 273.

<sup>59</sup> Zur Methodologie der Rechtsanwendung und Interpretationstheorie des sozialistischen Rechts vgl. Čapek, Jíří: Interpretace socialistického práva (Základní teoretické otázky) (Interpretation des sozialistischen Rechts (Grundlegende theoretische Fragen)), AUC Univerzita Karlova Praha 1983.

<sup>60</sup> Vgl. Skulová, a. a. O., S. 29.

<sup>61</sup> Der Ausdruck stammt von Vopálka, Vladimír in: Hendrych, Dušan a kol. (u. a.): Správní právo. Obecná část (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), 4. geänderte und erweiterte Aufl., C. H. Beck Praha 2001, S. 63.

<sup>62</sup> Vopálka, V. in Hendrych, D.: a. a. O., S. 63.

<sup>63</sup> Vgl. Stichwort „subjektivní právo“ („subjektives Recht“) in: Hendrych, Dušan a kol. (u. a.): Právnícký slovník (Rechtswörterbuch), C. H. Beck Praha 2001, S. 916.

tschechischen Rechtswissenschaft<sup>64</sup> von öffentlichen subjektiven Rechten<sup>65</sup>. Daher wird vorliegend dieser Begriff verwandt.

Die Bezeichnung „Recht“ hat auch im tschechischen Recht doppelten Sinn. Einmal ist das Recht im objektiven Sinn die Gesamtheit der Rechtsregeln (Rechtsnormen).<sup>66</sup> Darüberhinaus hat der Terminus „Recht“ (*právo*) den subjektiven Sinn, dass jemand (ein bestimmtes Subjekt) das Recht zu etwas oder auf etwas hat (das Recht zu tun oder nicht zu tun, zu erhalten, zu fordern). Dieses subjektive Recht (*subjektivní právo*) lässt sich mit der Bezeichnung „Berechtigung“ (*oprávnění*) ausdrücken.<sup>67</sup> Das subjektive Recht (Berechtigung) ist die Möglichkeit (bzw. die Art der Möglichkeit) des Subjekts, sich auf eine bestimmte Weise zu verhalten, d. h. die durch das objektive Recht ausgedrückte und gewährleistete, und folglich auf besondere Art geschützte, in Rechtsnormen bestimmte Möglichkeit.<sup>68</sup> Im Sinne dieser Möglichkeit fällt der Begriff des subjektiven Rechts mit dem Begriff der Freiheit (*svoboda*) im Rechtssinn zusammen. Subjektive Rechte hätten dabei aber keine Bedeutung ohne entsprechende rechtliche Pflichten anderer Subjekte, die Ausübung des subjektiven Rechts nicht zu stören oder etwas zu dulden, zu leisten oder zu tun oder nicht zu tun. Das subjektive Recht muss folglich zugleich eine Berechtigung bedeuten, die Erfüllung der Pflichten anderer Subjekte, ohne die die Ausübung des subjektiven Rechts unmöglich wäre, zu fordern. Die Rechtspflicht (*právní povinnost*)<sup>69</sup> bedeutet dann die rechtliche Notwendigkeit, sich auf bestimmte Weise zu verhalten. Relativ sind subjektive Rechte, wenn diesem Recht immer die Pflicht eines individuell bestimmten Subjekts (oder einiger bestimmter Subjekte) entspricht, etwas Bestimmtes zu leisten oder zu tun, ein bestimmtes Tun zu unterlassen oder ein bestimmtes berechtigtes Tun zu dulden; einem absoluten subjektiven Recht hingegen entspricht die Pflicht jedes beliebigen Subjekts, d. h. einer unbestimmten Zahl nicht näher bestimmter Subjekte, etwas Unbestimmtes nicht zu tun, nämlich in der Ausübung eines subjektiven Rechts Berechtigten nicht zu stören<sup>70</sup>. Davon zu unterscheiden sind allerdings der Rechtsanspruch (*právní nárok*) und Rechtsverhältnisse (*právní vztahy*). Die Ausübung (Realisierung) eines subjektiven Rechts kann in einer Reihe von Fällen ziemlich kompliziert sein, sodass sie mehrere Stadien beinhaltet.<sup>71</sup> Unter dem Begriff des Rechtsanspruchs wird dann ein solches Stadium der Realisierung des subjektiven Rechts verstanden, in dem die Erfüllung der

---

<sup>64</sup> Vgl. Boguszak, Jiří/Čapek, Jiří/Gerloch, Aleš: *Teorie práva* (Rechtstheorie), zweite überarbeitete Auflage, ASPI Publishing Praha 2004, S. 120.

<sup>65</sup> Skulová, a. a. O., 29.

<sup>66</sup> Boguszak, Jiří/Čapek, Jiří/Gerloch, Aleš: a. a. O., S. 27 ff., 115.

<sup>67</sup> Vgl. bereits Hoetzel, Jiří: *Československé správní právo. Část všeobecná*. (Tschechoslowakisches Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil.), zweite überarbeitete Auflage, Melantrich Praha 1937, S. 252.

<sup>68</sup> Boguszak, Jiří/Čapek, Jiří/Gerloch, Aleš: a. a. O., S. 115.

<sup>69</sup> Differenziert wiederum bereits Hoetzel, Jiří: a. a. O., S. 252 f.

<sup>70</sup> Boguszak, Jiří/Čapek, Jiří/Gerloch, Aleš: a. a. O., S. 123. „Zu stören“ ist nach diesen abstrakt, d. h. unbestimmt hinsichtlich eines notwendig werdenden Konkretisierungsbedarfs nach den Umständen in Einzelfällen zu verstehen.

<sup>71</sup> So Boguszak, Jiří/Čapek, Jiří/Gerloch, Aleš: a. a. O., S. 123.

entsprechenden Rechtspflicht eingefordert und erzwungen werden kann. Rechtsverhältnisse sind im Einklang mit Normen des objektiven Rechts existierende Beziehungen, in denen ihre Beteiligten als Subjekte gegenseitig zusammengeheftete subjektive Rechte und Rechtspflichten eingehen.<sup>72</sup>

Der Unterschied zwischen privaten subjektiven Rechten (*soukromná subjektivní práva*) öffentlichen subjektiven Rechten wird darin gesehen, dass über Letztere deren Trägersubjekt nicht disponieren kann.<sup>73</sup>

Die Verzahnung der Merkmale des Rechtsstaats mit der Problematik der öffentlichen subjektiven Rechte als Bausteine moderner rechtsstaatlicher Gesetzlichkeit erfasste *Adolf Merkl* treffend:

„... der Polizeistaat gesteht seinen Untertanen gegenüber dem Staat keine subjektiven Rechte zu, während es andererseits als Errungenschaft des Rechtsstaats angesehen wird, dass dieser subjektive Rechte anerkennt“<sup>74</sup>.

Öffentlich subjektive Rechte im traditionellen Sinn haben ihre Grundlage in den Regeln des Verwaltungsrechts, die als Teil des öffentlichen Rechts Einzelne als Mitglieder der staatlichen Gesellschaft bzw. anderer organisatorischer Verbände<sup>75</sup> ansehen. *Skulová* bezeichnet folglich gerade Rechte, die Einzelne in Beziehungen gegenüber dem Staat und weiteren Subjekten der vollziehenden öffentlichen Verwaltung haben, als öffentliche subjektive Rechte.<sup>76</sup>

Umgekehrt wird der Begriff nicht geltend gemacht, da die Organe der öffentlichen Verwaltung über Kompetenzen verfügen und die öffentlichen subjektiven Rechte sich gerade gegenüber diesen Kompetenzen und ihren Ausdruck abgrenzen bzw. ursprünglich gegen die obrigkeitliche Willkür abgrenzten. Im Verwaltungsrecht finden sich alle Beziehungen, die die Kollision privater Rechte der Bürger mit den Erfordernissen irgenwelcher öffentlichrechtlicher Verbände betreffen.<sup>77</sup>

Öffentliche Rechte und Pflichten, die durch Anwendung objektiven Rechts auf das konkrete Rechtsverhältnis, den konkreten Tatbestand entstehen, stellen als Komplex inhaltlich

---

<sup>72</sup> Zu verwaltungsrechtlichen Beziehungen (*správněprávní vztahy*) im Einzelnen vgl. Průcha, Petr: *Správní právo, obecná část* (Verwaltungsrecht, allgemeiner Teil), 6. ergänzte und aktualisierte Auflage, Doplněk Mazarykova univerzita 2004, S. 135 ff.

<sup>73</sup> Boguszak, Jiří/Čapek, Jiří/Gerloch, Aleš: a. a. O., S. 120.

<sup>74</sup> Merkl, Adolf: a. a. O., S. 137 f.

<sup>75</sup> So Pražák, Jiří: *Rakouské právo správní, část první (Österreichisches Verwaltungsrecht, erster Teil)*, Jednota právnická v Praze Praha 1905, S. 141.

<sup>76</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 29.

<sup>77</sup> Pražák, Jiří: a. a. O.

objektives Recht dar. Die Verletzung öffentlicher Rechte ist daher immer eine Verletzung des Legalitätsprinzips (*princip legality*).<sup>78</sup> Es lässt sich somit aus der gesamten Rechtsordnung ein gewisses „Register“ („*rejstřík*“<sup>79</sup>) öffentlicher subjektiver Berechtigungen und Verpflichtungen abstrahieren, das theoretisch aber immer auf eine bestimmte Art Subjekt in einer konkretisierenden bzw. subjektivierenden Situation bezogen werden kann.<sup>80</sup>

Die Erstellung einer Aufzählung öffentlicher Rechte würde aber die Analyse sämtlicher rechtlicher Regelungen der Verwaltung bedeuten.<sup>81</sup> Bisher blieb ein systematischer Kategorisierungs- oder Klassifikationsversuch öffentlicher Rechte oder Pflichten nach ihrem Inhalt und ihrem Ausmaß in der tschechischen Verwaltungslehre aus<sup>82</sup>. In der tschechischen Literatur findet sich eine grundlegende Strukturierung bei *Jiří Hoetzel*, der bereits drei Gruppen von öffentlichen subjektiven Rechten nach ihrem Inhalt unterscheidet: 1. Rechte zur Verhinderung bestimmter Eingriffe von Seiten der Verwaltung in die Freiheitssphäre des Berechtigten (hierzu zählte er im Besonderen einige verfassungsmäßig gewährleisteten Bürgerrechte, z. B. das Vereinigungs- und Versammlungsrecht), 2. Rechte auf positive staatliche Leistung zugunsten des Bürgers und 3. Rechte zur Teilhabe des Bürgers an der staatlichen Willensbildung (z. B. das Wahlrecht).<sup>83</sup>

Hinsichtlich des Umfangs und des Inhalts freier Erwägungen im Rahmen des Verwaltungsermessens ist im Kontext öffentlicher Rechte die Frage ihrer Intensität von entscheidender Bedeutung. Im Besonderen ist für den Fall, in dem sich ein öffentliches subjektives Recht zu einem Anspruch verdichtet, allgemein nämlich ein Verwaltungsermessen ausgeschlossen.<sup>84</sup>

## bb) Grundrechte und Grundfreiheiten

Besondere Bedeutung kommt unter den öffentlichen subjektiven Rechten wie auch den Menschenrechten im engeren Rechtssinn<sup>85</sup> den Grundrechten und Grundfreiheiten<sup>86</sup> zu.

<sup>78</sup> Vgl. Vopálka, V. in Hendrych, D.: a. a. O., 63.

<sup>79</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 30.

<sup>80</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 30 f., Fn. 8 erläutert dies an einem Beispiel eines Gaststättengewerbetreibenden in unterschiedlichen Gemeinden mit verschiedener Regelung einer bestimmten Art von Pflichten im Hinblick auf die öffentliche Ordnung unter sonst gleichen Bedingungen.

<sup>81</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 30 überstimmend mit Vopálka, V. in Hendrych, D.: a. a. O., S. 63.

<sup>82</sup> So für sich fast kategorisch verneinend Skulová, S.: a. a. O. Vgl. aber z. B. Merkl, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt 1969, S. 129 ff.

<sup>83</sup> Hoetzel, Jiří: Československé správní právo. Část všeobecná. (Tschechoslowakisches Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil.), zweite überarbeitete Auflage, Melantrich Praha 1937, S. 256.

<sup>84</sup> Vgl. auch Skulová, S.: a. a. O., S. 31. Darauf ist später zurückzukommen.

<sup>85</sup> Boguszak, Jiří/Čapek, Jiří/Gerloch, Aleš: a. a. O., S. 120 sehen darin Menschenrechte, die im II. Kapitel der Urkunde oder in der EMRK angeführt sind. Grundrechte werden als Unterkategorie bezeichnet.

*Skulová* bezeichnet diese als „stärkere“ („*silnější*“) Rechte, weil sie größeren Schutz genießen, als die übrigen (gewöhnlichen, „geläufigen“) öffentlichen Rechte.<sup>87</sup> Sie können nur durch das Gesetz eingeschränkt werden (Art. 4 Abs. 2 der Urkunde der Grundrechte und Grundfreiheiten<sup>88</sup>) und stellen gleichzeitig die Grenzen für den Vollzug der öffentlichen Gewalt und ihre Eingriffe unter besonderer Betonung des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 4 Abs. 3 der Urkunde<sup>89</sup>) dar.

Zu deren Grenzen und deren Niveau führte bereits 1931 *Jiří Krejčí* aus, dass die Frage der Qualität der Bestimmung ihrer garantierten Grenzen und ihres Niveaus besonders wichtig ist<sup>90</sup>, die Grenzen müssen dabei durch Gesetz bestimmt werden. Das Verfassungsgesetz regelt weiter eine rechtliche Voraussetzung von Eingriffen der Verwaltung in die bürgerliche Sphäre dadurch, dass es Eingriffe in diese Sphäre von einer gesetzlichen Erlaubnis abhängig macht.<sup>91</sup>

Schutz genießen aber grundsätzlich wegen des Legalitätsprinzips und des Verfassungsprinzips des Rechts auf Schutz vor einem Eingriff der öffentlichen Gewalt (*práva na ochranu před zásahem veřejné moci*) alle öffentlichen subjektiven Rechte. Denn Art. 36 Absatz 1 der Urkunde bestimmt insoweit, dass jeder auf bestimmte Weise sein bei einem unabhängigen

---

<sup>86</sup> Hendrych, Dušan a kol. (u. a.): *Právní slovník* (Rechtswörterbuch), 1. Aufl., C. H. Beck Praha 2001, Stichwort „subjektivní právo“ („subjektives Recht“), S. 916 bezeichnet die Grundrechte und Grundfreiheiten als die bedeutendsten subjektiven Rechte, die durch das Verfassungsrecht und das internationale Recht garantiert werden.

<sup>87</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 31 f.

<sup>88</sup> *Listina základních práv a svobod* (Urkunde der Grundrechte und Grundfreiheiten), verkündet durch Beschluss des Präsidiums des Tschechischen Nationalrats Nr. 2/1993 Slg. als Bestandteil der Verfassungsordnung der Tschechischen Republik (in deutscher Übersetzung bei Arnold, Rainer/Kovařík, Vladimír: *Die Konzeption des Grundrechtsschutzes in der Tschechischen Republik*, in: *Entwicklungen im Europäischen Recht*, Band 7, 2003, hrsg. v. Prof. Dr. Rainer Arnold, Jean-Monnet-Lehrstuhl für Europarecht, Universität Regensburg, S. 131 ff.; vgl. auch <http://www.psp.cz/cgi-bin/dee/docs/laws/listina.html>). Art. 4 Absatz 2 der Urkunde der Grundrechte und Grundfreiheiten lautet:

„Die Grenzen der Grundrechte und -freiheiten können nur unter den durch die Urkunde der Grundrechte und -freiheiten (weiter nur „Urkunde“) bestimmten Bedingungen durch Gesetz geregelt werden.“

(„*Meze základních práv a svobod mohou být za podmínek stanovených Listinou základních práv a svobod (dále jen „Listina“) upraveny pouze ze zákonem.*“)

<sup>89</sup> Art. 4 Absatz 3 der Urkunde lautet:

„Die gesetzlichen Grenzen der Grundrechte und -freiheiten müssen gleichermaßen für alle Fälle gelten, die die bestimmten Bedingungen erfüllen.“

(„*Zákonná omezení základních práv a svobod musí platit stejně pro všechny případy, které splňují stanovené podmínky.*“)

<sup>90</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 32.

<sup>91</sup> *Jiří Krejčí*: *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy* (Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit staatlicher Funktionen und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung), nákladem vydavatelství časopisu *Moderní stát*, Praha 1931, S. 7.

und unbefangenen Gericht und in bestimmten Fällen bei einem anderen Organ fordern kann, Absatz 2 regelt, wer behauptet, er wurde durch die Entscheidung eines Organs der öffentlichen Verwaltung in seinen Rechten verkürzt, kann sich an das Gericht wenden, um die Gesetzmäßigkeit dieser Entscheidung zu überprüfen, wenn das Gesetz es nicht anders bestimmt. Von der Gerichtsbarkeit darf die Überprüfung von Grundrechte und Grundfreiheiten nach der Urkunde betreffenden Entscheidungen nicht ausgeschlossen werden.<sup>92</sup>

Ein logisches Korrelat stellt insoweit das Recht auf ein faires Verfahren als Mittel zum Schutz der genannten Rechte dar, vor allem durch den Bereich einer gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung im Sinne des Schutzes des Einzelnen vor der Tätigkeit oder Untätigkeit der öffentlichen Verwaltung, also des Schutzes der öffentlichen subjektiven Rechte insgesamt, der vor dem Hintergrund der genannten Kategorisierung hinsichtlich des Umfangs in der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit unterschiedlich ausfallen kann<sup>93</sup>. Die tschechische Literatur sieht diesen Schutz als Ausdruck des Grundsatzes der Gewaltenteilung (*zásada dělby moci*) und konstatiert, dass sich in einem kontinentalen System die Aufnahme der Voraussetzung, dass der Einzelne unveräußerliche Rechte hat und es Aufgabe des Rechts ist, festzustellen, dass diese Rechte auch bestätigt werden, sich in der Ausformung eines Systems der Kontrolle der vollziehenden Gewalt zeigt.<sup>94</sup> Nach tschechischem Recht lässt sich dieser Schutz aber auch in vorgesehenen Fällen bei einem

---

<sup>92</sup> In tschechischer Fassung lauten Art. 36 Abs. 1 und 2 der Urkunde:

„(1) Každý se může domáhat stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu a ve stanovených případech u jiného orgánu.

(2) Kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, může se obrátit na soud, aby přezkoumal zákonost takového rozhodnutí, nestanové-li zákon jinak. Z pravomoci soudu však nesmí být vyloučeno přezkoumávání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle Listiny.“

<sup>93</sup> Vgl. die behauptete Rechtsverletzung von Grundrechten oder –freiheiten durch eine natürliche oder juristische Person als Voraussetzung für die Beschwerdebefugnis der Verfassungsbeschwerde (*oprávněnost podání ústavní stížnosti*) nach § 72 Absatz 1 lit. a) des Gesetzes Nr. 182/1993 Slg., über das Verfassungsgericht, in der Fassung der letzten Änderungen und Ergänzungen.

<sup>94</sup> Skulová, a. a. O., S. 32 f. betrachtet auch die Bestimmung eines Anspruchs auf Schadensersatz, verursacht durch eine gesetzeswidrige Entscheidung oder unrechtmäßiges behördliches Verfahren (Art. 36 Absatz 3 der Urkunde) als eines der Prinzipien des Rechtsstaats, der in ihrem Land eine verhältnismäßig kurze Geschichte hat, die durch das Gesetz Nr. 58/1969 Slg., über die Verantwortlichkeit für den Schaden, verursacht durch Entscheidung eines Organs des Staates oder seines unrechtmäßigen behördlichen Verfahrens (S. 33, Fn. 15), voran getrieben wurde. Nunmehr ist die Problematik gelöst durch das Gesetz Nr. 82/1998 Slg., über die Verantwortlichkeit für den Schaden, verursacht durch Entscheidung beim Vollzug der öffentlichen Gewalt oder unrechtmäßiges behördliches Verfahren, und über die Änderung des Gesetzes des ČNR (Tschechischen Nationalrats – TNR) Nr. 358/1992 Slg., über Notare und ihre Tätigkeit (Notarordnung), in der Fassung des Gesetzes Nr. 120/2000 Slg., das die zitierte vorhergehende Regelung ersetzte.



anderen Organ einfordern, z. B. einer höheren Verwaltungsinstanz<sup>95</sup>, Kontroll- und Aufsichtsorganen<sup>96</sup>, dem Öffentlichen Rechtsombudsmann (*Veřejný ochránce práv*)<sup>97</sup> oder auch bei einem Zivilgericht<sup>98, 99</sup>.

#### cc) Verwaltungsermessen im rechtsstaatlichen Beziehungsgeflecht

Mit Blick auf den Prozess der Ausformung des Verwaltungsrechts als einem eigenständigen Rechtsgebiet in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und seiner Entwicklung bis zum zweiten Weltkrieg – der mit der Aufgabe des Prinzips des sog. liberalen Rechtsstaats eine Unterbrechung bedeutete – auf dem Gebiet der böhmischen Länder nahm auch die Beschränkung des Raums des Verwaltungsermessens in den einzelnen Rechtsvorschriften und im Verwaltungsrecht als verfahrensmäßige und differenzierte Gesamtheit seinen Lauf. Der gegenwärtige Staat und die öffentliche Verwaltung knüpften wieder an der früher begründeten Tradition – freilich mit bestimmten Modifikationen – an.<sup>100</sup>

Dieser Ausformungsprozess ging allerdings keineswegs mittels einer Gesamtkonzeption oder in systematischer Art und Weise von statten, insoweit suchte man mehr allgemeine Regeln für einen bestimmten Entscheidungstyp.

*Skulová*<sup>101</sup> bringt als Beispiel die rechtliche Regelung des Prozesses des Erlasses von individuellen Akten der Verwaltung – Entscheidungen (des Verwaltungsverfahrens), die zuerst in

---

<sup>95</sup> Vgl. das nächste übergeordnete Verwaltungsorgan gemäß § 89 Absatz 1 der neuen Verwaltungsordnung (VwO n. F.) (správní řád – s. ř.) (Gesetz Nr. 500/2004 Slg., in Kraft getreten am 1.01.2006, das die Verwaltungsordnung aus dem Jahr 1967, Gesetz Nr. 71/1967, gültig bis zum 31.12.2005, abgelöst hat). Nach § 87 VwO n. F. kann dieses Organ auch das Verwaltungsorgan sein, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, wenn es unter Anderem der Berufung (*odvolání*) vollständig entspricht.

<sup>96</sup> Vgl. z. B. das Amt für den Schutz persönlicher Daten (*Úřad pro ochranu osobních údajů*) nach dem Gesetz Nr. 101/2000 Slg., über den Schutz persönlicher Daten, in der Fassung der letzten Änderungen und Ergänzungen.

<sup>97</sup> Gesetz Nr. 349/1999 Slg., über den Öffentlichen Rechtsombudsmann, in der Fassung der letzten Änderungen und Ergänzungen (vgl. dazu Hendrych, a. a. O., Rn. 899).

<sup>98</sup> Vgl. z. B. nach dem bereits erwähnten Gesetz Nr. 82/1998 Slg., in der Fassung der letzten Änderungen und Ergänzungen.

<sup>99</sup> Ergänzend findet sich in der Literatur (Skulová, a. a. O., S. 34) der Hinweis, dass auf die Existenz und die Geltendmachung des Verwaltungsermessens auch das Prinzip der Selbstverwaltung (*princip samosprávy*) unbestritten und organisatorischen Einfluss nahm. Als eine weitere bedeutende Komponente des Rechtsstaats brachte die Strukturiertheit der Entscheidungsgewalt zwischen Organen des Staates und öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörperschaften eine Erweiterung des Raumes für autonome Entscheidungen, die oft unter Gebrauch von Verwaltungsermessen stattfand (Skulová konstatiert dies sowohl für den Bereich abstrakter als auch konkreter Akte). Die verfassungsmäßige Verankerung und Garantie der territorialen Selbstverwaltung (Art. 99 ff. der Verfassung) gab dem Bereich des Verwaltungsermessens bestimmte Spezifika im Hinblick auf seine Identifikation.

<sup>100</sup> So Skulová, S: a. a. O., S. 34.

<sup>101</sup> Skulová, S: a. a. O., S. 35.

Gestalt von Regierungsverordnungen (*vládních nařízení*) (beginnend im Jahr 1928) behandelt wurden, dann durch die angemessenere Form des bereits erwähnten Gesetzes Nr. 71/1967 Slg. als Vorgängerregelung der geltenden Verwaltungsordnung. Es ging in diesem Gesetz besonders um grundlegende Verfahrensregeln und unter ihnen vor allem um einige Grundsätze wie den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit (*zásada zákonnosti*), den Schutz der Interessen des Staates und der Gesellschaft (*ochrana zájmů státu a společnosti*), Rechte und Interessen der Bürger und Organisationen, den Grundsatz der materialen Wahrheit (*zásada materiální pravdy*), den Grundsatz des Vorrangs der gütlichen Erledigung (*zásada přednost smírného vyřízení*), die Wirtschaftlichkeit und Schnelligkeit des Verfahrens (*hospodárnost a rychlost řízení*), die Gleichheit der Beteiligten, die Minimalisierung der Belastung der Bürger und Organisationen beim Verfahren. Einige dieser Grundsätze betrafen Entscheidungen über Angelegenheiten des Verfahrensablaufs, einige direkt die Entscheidungen in der Sache (Merita). Nach *Skulová* zielt die Entwicklung in diesem Bereich gerade in die angeführte „meritorische“ Richtung.

Es kann in der damaligen Sichtweise eine Grundlegung, Herauskristallisierung und Durchsetzung einiger grundlegender Grundsätze oder Prinzipien beobachtet werden, die den Bereich der Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung begrenzen. Besonders bedeutsam sind diese für den zu untersuchenden Bereich der Ermessensentscheidungen, soweit es das Verhältnis der Verwaltung zum Einzelnen betrifft.

Insbesondere Rechtsprinzipien spielen dabei in der tschechischen Rechtslehre und –dogmatik eine wichtige Rolle.<sup>102</sup> Es ist das Verdienst von *Skulová*, vor allem durch Heranziehung von Rechtsprinzipien und Rechtsgrundsätzen grundlegende Charakteristika und

---

<sup>102</sup> Instruktiv vgl. Wintr, Jan: Charakteristické principy práva a právních odvětví (Charakteristische Rechtsprinzipien und Rechtsgebiete), Rigorózní práce z oboru teorie práva 2002, zu Rechtsprinzipien im Verwaltungsrecht, vgl. S. 58 ff; zum Verhältnis von Rechtsaxiologie und Rechtsprinzipien vgl. Boguszak, Jiří/Čapek, Jiří/Gerloch, Aleš: a. a. O., S. 274 ff. Ergänzend sei auf die Untersuchung der Prinzipienproblematik in der deutschen Literatur verweisen. So befassen sich Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut: Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, Beck München 1982, S. 97 ff. (m. w. N.) unter Anderem mit der Anwendbarkeit des deduktiven Begründungsmodells auf Prinzipien, ihrer Definition, formalen Struktur, ihrem Wesen als Optimierungsgebote, Kollisionen mehrerer Prinzipien etc. In deren Begründungslehre ergibt sich allerdings bei der Untersuchung des Hauptschemas eine Strukturgleichheit von Interpretation gesetzlicher Tatbestandsmerkmale, Ermessensermächtigung als Tatbestandsergänzung und nicht zuletzt Prinzipien. Auch Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, 2. Auflage, Suhrkamp Frankfurt am Main 1994, 71 ff. beschäftigt sich mit der Prämissenwahl der Norm aus einer Güterabwägung, hält aber hinsichtlich des von Koch/Rüßmann beschriebenen Kollisionstheorems das beschriebene Kollisions-„Verhalten“ – dass für Prinzipien wesentlich ist, dass im Falle einer Kollision eines dem anderen unter bestimmten, näher anzugebenden Umständen vorgeht, aber unter anderen Umständen die Vorrangfrage genau umgekehrt entschieden werden kann – noch nicht für eine Eigenschaft, die Prinzipien von „normalen“ (Rechts-)Regeln abzugrenzen gestattet (vgl. Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut: a. a. O., S. 98 Fn. 44; Alexy, Robert: a. a. O., S. 78 f.; über Rechtsprinzipien ders. auch in: Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Zeitschrift für Rechtslehre 1979, Beiheft 1, S. 59 ff.).

Begriffszusammenhänge des Verwaltungsermessens als für Entscheidungen nach freiem Ermessen besonders bedeutsam herausgearbeitet zu haben.<sup>103</sup>

Nach Skulová ist die Existenz von Verwaltungsermessens im modernen Rechtsstaat eine typische Notwendigkeit, um Verwaltungseffizienz und –elastizität auf der einen und den Schutz der Rechte des Einzelnen auf der anderen Seite zu garantieren, keineswegs also eine zufällige Erscheinung. Sie begreift Verwaltungsermessens als eine dynamische zusammengesetzte Kategorie,

„seine rechtliche Regelung als Gesamtheit und auch sein Gebrauch in der rechtsanwendenden Praxis entwickelt sich weiter, und das auch aus dem Grund, weil es der Bewertung und Kontrolle bzw. Überprüfung durch Verwendung neu formulierter oder qualitativerer Gesichtspunkte oder Standards unterworfen ist.“<sup>104</sup>

## 2. Der Begriff des tschechischen Verwaltungsermessens

### a) Grundlegende Begriffsannäherung an das Verwaltungsermessens

Bedeutung kommt bei der Untersuchung des Verwaltungsermessens in der tschechischen Fachliteratur dem Ausdruck des „Raums“ („*prostor*“)<sup>105</sup> oder Spielraums zu. Der Ausdruck wird zur Bestimmung grundlegender Zusammenhänge verwendet, indem er den Raum festlegt, in dem man sich bei der Erörterung des Verwaltungsermessens (*správní uvážení*<sup>106</sup>) zu bewegen hat.

---

<sup>103</sup> Anklingend an den Untertitel ihres Werkes – Grundlegende Charakteristika und Begriffszusammenhänge (základní charakteristika a souvislosti pojmu).

<sup>104</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 35 f.

<sup>105</sup> So wird in der tschechischen Literatur häufig das Wort „*prostor*“ verwendet, vgl. stellvertretend Skulová: *Správní uvážení (diskreční pravomoc) v kontextu současné veřejné správy* (Das Verwaltungsermessens (Ermessensfreiheit) im Kontext der gegenwärtigen öffentlichen Verwaltung), *Časopis pro právní vědu a praxi*, Jg. 1999, Nr. 2, S. 136. In der vorliegenden Arbeit wird hinsichtlich der Begriffsbildung davon ausgegangen, dass der Begriff die Bedeutung eines konkreten korrelaten Ausdrucks und das abstrakte Abbild eines zugrundeliegenden Gegenstands (einer Erscheinung) ist.

<sup>106</sup> Zu beachten ist zunächst der sprachliche Unterschied zwischen der perfektiven Form „*správní uvážení*“ bzw. „*uvážení*“ und der imperfektiven Form „*správní uvážování*“, resp. „*uvážování*“, der sich in deutscher Übersetzung nicht auswirkt. So soll dadurch ganz bewusst eine Abstufung zwischen zwei verschiedenen Ebenen und Bedeutungen gemacht werden (vgl. Skulová, Soňa: *Správní uvážení – základní charakteristika a souvislosti pojmu* (Verwaltungsermessens – Grundlegende Charakteristika und Begriffszusammenhänge), *Spisy právnické fakulty Masarykovy University v Brně* (Schriften der juristischen Fakultät der Masarykuniversität in Brünn) 2003, S. 12). Im ersten Fall handelt es sich um einen festen Begriff bzw. ein festes Institut des Verwaltungsrechts. Die zweite, imperfektive Variante soll andeuten, dass es um das Stadium der Entscheidungstätigkeit, in dem das freie Ermessen des Verwaltungsorgans zur Geltung kommt bzw. dass es um die rechtsanwendende Tätigkeit geht. Somit soll für die gegebenen Zusammenhänge das Element der Dauer des Prozesses der Nutzung des Raums für das eigene Ermessen betont werden.

Bei der Annäherung an den Untersuchungsgegenstand ist dieser Ausdruck von doppeltem Interesse, nämlich einerseits für die Verwaltungsorgane<sup>107</sup> zur Begründung einer begrifflichen Systematik, andererseits aber auch für die überprüfende Tätigkeit vor allem der Gerichte.

Anlass für die Einschränkung des Entscheidungsspielraums der öffentlichen Verwaltung, der die Existenz eines autonomen Raums für diejenigen bedeutet, in deren Freiheit die öffentliche Verwaltung auf verschiedene Arten eingreift, besteht besonders im Bereich der öffentlichen subjektiven Rechte des Einzelnen.

Daher ist die Aufgabe der öffentlichen Verwaltung im modernen Rechtsstaat in erheblichem Maße durch die Geltung der Theorie der Gewaltenteilung (*teorie dělby moci*)<sup>108</sup> bestimmt, vor allem bei der funktionellen Verwirklichung der öffentlichen Gewalt durch die öffentliche Verwaltung. Die Verwaltung der öffentlichen Angelegenheiten der in einem Staat organisierten Gesellschaft ist Ausdruck der vollziehenden Gewalt, einschließlich der spezifischen Stellung des Selbstverwaltungsrechts.<sup>109</sup> Bei Skulová findet sich die Bemerkung, dass es unmöglich ist, unter geltenden rechtsstaatlichen Bedingungen von der Durchsetzung der vollziehenden Gewalt zu sprechen, ohne die

---

<sup>107</sup> Im Hinblick darauf, dass das Subjekt, das im Rahmen der Vollziehung der öffentlichen Verwaltung aufgrund des durch das Gesetz übertragenen freien Ermessens darüber entscheidet, einerseits direkt das Organ der staatlichen Verwaltung, der territoriale Selbstverwaltungskomplex oder sein Organ, ein Organ der beruflichen Selbstverwaltung, andererseits auch ein zu einer solchen Entscheidung durch das Gesetz ermächtigtes oder aufgrund eines Gesetzes beauftragtes Subjekt sein kann, werden in der tschechischen Verwaltungsrechtsdogmatik die Bezeichnungen des Verwaltungsorgans, des Organs der öffentlichen Verwaltung, Vollzugsorgan der öffentlichen Verwaltung, Subjekt des Verwaltungsvollzugs oder die Bezeichnung des Entscheidungsorgans verwendet, ohne dass dadurch irgendwelche Unterschiede einzelner Subjekte mit den oben angeführten Gruppen begründet werden sollen, mit Ausnahme der Fälle, in denen dies ausdrücklich angeführt und begründet wird (zur Bezeichnungsklärung instruktiv vgl. Průcha, Petr: *Správní právo, obecná část* (Verwaltungsrecht, allgemeiner Teil), 6. ergänzte und aktualisierte Auflage, Doplněk Masarykova univerzita 2004, S. 118 ff.).

Allerdings ist es notwendig, darauf aufmerksam zu machen, dass die Theorie der Verwaltungsorganisation im tschechischen Verwaltungsrecht zwischen den einzelnen Termini einen Unterschied macht, und das vor allem, soweit es um die Unterscheidung des Begriffs „Subjekt der öffentlichen Verwaltung“ (*subjekt veřejné správy*) und „Vollzugsorgan der öffentlichen Verwaltung“ (*vykonavatel veřejné správy*, eigtl. Vollzieher) geht (vgl. Hendrych, Dušan a kol. (u. a.): *Správní právo. Obecná část* (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), 4. geänderte und erweiterte Aufl., C. H. Beck Praha 2001, S. 257), wenn das Vollzugsorgan dasjenige ist, das im Namen des Subjekts der öffentlichen Verwaltung als Träger der öffentlichen Verwaltung handelt (bspw. die Beziehung Staat – Verwaltungsbehörde). Für den Bereich des Verwaltungsermessens bestimmend ist, für welches Subjekt oder für welches der Vollziehungsorgane der öffentlichen Verwaltung die konkrete Ermessensfreiheit begründet wird.

<sup>108</sup> In der Fachliteratur wird das Prinzip der Gewaltenteilung unter dem Begriff der Theorie der Gewaltenteilung abgehandelt, vgl. stellvertretend Boguszak, Jiří/Čapek, Jiří/Gerloch, Aleš: a. a. O., S. 239 ff. Dazu einführend in deutscher Sprache vgl. Weiß, Wolfgang: Die Verankerung des Rechtsstaatsprinzips in der tschechischen Verfassung, Diss. Regensburg 2004, S. 54 ff.

<sup>109</sup> Vgl. Průcha, Petr: *Správní právo. Obecná část* (*Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil*), Masarykova univerzita Brno 2001, S. 29.

„Beziehung des angeführten Teils der öffentlichen Gewalt zur gesetzgebenden Gewalt bzw. zu Akten der gesetzgebenden Gewalt und auch zur rechtsprechenden Gewalt bzw. zu ihren Funktionen gegenüber der vollziehenden Gewalt“<sup>110</sup>

zu erwähnen. Diese Beziehungen lassen sich zusammenfassend in erster Linie als Gebundenheit (*vázanost*) durch das Gesetz bzw. durch das Recht im ersten Fall und durch die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit (*zákonnost*) bzw. der Rechtmäßigkeit (*právnost*) im zweiten Fall beschreiben.

Dass die Theorie der Gewaltenteilung nur Maßstab, keinesfalls die in Frage stehenden Beziehungen einzig dominierendes Prinzip sein kann, bestätigt bereits die Existenz der Figur des Verwaltungsermessens.<sup>111</sup> Eine absolute Gesetzesbindung würde nämlich bedeuten, dass der Gesetzgeber alle Tatbestände (*hypotézy*), die beim Vollzug der öffentlichen Verwaltung eintreten können, vorherbestimmen können und ihnen eine genaue und eindeutige Rechtsfolgenanordnung (*dispozice*) zuordnen zu müssen.<sup>112</sup> Dies widerspräche aber auch dem vollziehenden und regulativen Charakter der öffentlichen Verwaltung. Mit Rücksicht auf die Komplexität und Veränderlichkeit der Wirklichkeit überlässt der Gesetzgeber den Vollzugsorganen deshalb Raum, um auf Eventualitäten in geeigneter Weise eine entsprechende Reaktion finden zu können. Dieser Raum kann dabei Verwaltungsermessens darstellen. Eine weitere Form der Raumschaffung bildet die Verwendung sog. unbestimmter Rechtsbegriffe (*tzv. neurčité právní pojmy*), die ebenfalls noch näher zu untersuchen sind.

## b) Verwaltungsermessens als Rechtsinstitut

Im Folgenden ist das tschechische Verwaltungsermessens als rechtliches Institut (*právní institut*) zu untersuchen. Es ist zu beurteilen, ob das Verwaltungsermessens ein Begriff ist, dessen Inhalt und Umfang ausdrücklich oder implizit durch das Recht formuliert wird, sein Inhalt so weit als möglich genau ist und er folglich so weit als möglich klar und eindeutig gebraucht wird bzw. ob es sich um ein durch eine Gesamtheit von Rechtsnormen repräsentiertes Institut

---

<sup>110</sup> Vgl. Skulová, S: a. a. O., S. 13.

<sup>111</sup> Dies wird auch in der tschechischen Literatur erkannt, vgl. Skulová, S: a. a. O., S. 13.

<sup>112</sup> Die tschechische Rechtstheorie unterscheidet hinsichtlich der Normstruktur insoweit zwischen „hypotéza“ (Hypothese), also den bedingenden Tatbestand bezeichnend, und der daran anknüpfenden bedingten Rechtsfolgenanordnung, „dispozice“ (Disposition). Vgl. dazu ausführlich Knapp, Viktor: *Teorie práva* (Rechtstheorie), C. H. Beck, Praha 1995, S. 121, 158 f.; vgl. auch Boguszak, Jiří/Čapek, Jiří/Gerloch, Aleš: a. a. O., S. 82 ff.

handelt, die die gleichartigen, mit dem untersuchten Begriff verbundenen Beziehungen regeln.<sup>113</sup>

Eine gesetzliche Legaldefinition des Verwaltungsermessens im tschechischen positiven Recht existiert nicht. Zwar ist es in zahlreichen Rechtsvorschriften mitberücksichtigt, der Gesetzgeber hat aber keine ausdrückliche Bestimmung als solches unternommen. In der tschechischen Literatur wird daher eine „Interpretation“<sup>114</sup> vorgenommen, auch wenn dies bei der Auslegung und Anwendung der entsprechenden Rechtsnormen zu einer gelegentlich beschwerlichen oder umstrittenen Identifizierbarkeit des Verwaltungsermessens führt.<sup>115</sup>

Die tschechische Literatur befasst sich allerdings kaum mit einer genaueren rechtstheoretischen Untersuchung des Verwaltungsermessens, sie formuliert als Bestandsaufnahme nur lapidar, dass das Verwaltungsermessen zwar rechtlich nicht definiert wird, die Rechtstheorie jedoch in seiner allgemeinen Charakteristik übereinstimmt.<sup>116</sup>

Es ist folglich das Begriffsverständnis des Verwaltungsermessens in Wissenschaft und Praxis zu untersuchen. Insoweit ist vorab klarzustellen, dass aus dem weiten Bereich des Ermessens<sup>117</sup> das den Subjekten der vollziehenden Verwaltung übertragene betrachtet und abgegrenzt werden soll.

#### aa) Neuere tschechische Verwaltungsrechtstheorie

---

<sup>113</sup> So die von Skulová angeführte Definition eines rechtlichen Instituts unter Berufung auf Knapp, Viktor: *Teorie práva (Rechtstheorie)*, C. H. Beck Praha 1995, S. 120 ff. und Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: *Teorie práva (Rechtstheorie)*, Eurolex Bohemia Praha 2001, S. 91; vgl. auch nunmehr Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: *Teorie práva (Rechtstheorie)*, ASPI Praha 2003, S. 97.

<sup>114</sup> Die heutige tschechische Rechtstheorie versteht unter Interpretation die Auslegung des Rechts, d. h. eines rechtlichen Textes (von Gesetzen, weiteren Rechtsvorschriften und anderen geschriebenen Rechtsquellen), aber auch von Verträgen und anderen Rechtshandlungen (vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: *Teorie práva (Rechtstheorie)*, ASPI Praha 2003, S. 175). Das Ziel der Interpretation ist die Erklärung des Sinn des Textes, der als Objekt der Interpretation hervortritt, besonders im Hinblick auf die nachfolgende Rechtsanwendung oder andere Formen der Verwirklichung des Rechts. Folglich finden sich in der Literatur Ausführungen zum Verwaltungsermessen häufig bei der Behandlung der Verwirklichung und Interpretation von (Verwaltungs-)Rechtsnormen (vgl. z. B. Průcha, Petr: *Správní právo. Obecná část (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil)*, Masarykova univerzita Brno 2004, S. 108 ff.) oder der Rechtsanwendung bzw. –verwirklichung (vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: *Teorie práva (Rechtstheorie)*, ASPI Praha 2003, S. 156 f., 162 ff.). Im Bezug auf die Anwendung von das Verwaltungsermessen beinhaltenden Rechtsnormen kann der Interpretationsbegriff dann auf die pflichtgemäße Geltendmachung des Verwaltungsermessens, d. h. auf die Interpretation der dieses begrenzenden Gesichtspunkte bezogen werden. Auf diese Weise relativiert sich hinsichtlich der Differenzierung von Rechtsanwendung und Rechtssetzung der sich andeutende Widerspruch zwischen klassischer rechtstheoretischer Tradition im Ermessensverständnis und rechtsdogmatischer Verengung des Begriffsverständnisses vom Verwaltungsermessen (vgl. unten).

<sup>115</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 14, 15.

<sup>116</sup> Stellvertretend vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 15.

<sup>117</sup> Ohne sich auf die öffentliche Verwaltungstätigkeit beziehendes Attribut werden auch die Begrifflichkeiten „volná úvaha“ („freies Ermessen“), „uvážení“ („Ermessen“) oder „rozhodnutí podle volné úvahy“ („Ermessensentscheidung“) verwendet.

aaa) Boguszak/Čapek/Gerloch: Ermessenskongretisierung in offenen Entscheidungsprozessen nach axiologischen Kriterien

*Jiří Boguszak/ Jiří Čapek/Aleš Gerloch* erwähnen in ihrer Rechtstheorie<sup>118</sup> das Ermessen (*uvážení*) zunächst bei der Behandlung der Normstruktur. Bei der Beurteilung relativ abstrakter und konkreter Hypothesen, die sich hinsichtlich des Grades der Abstraktheit unterscheiden, stellen sie fest, dass ganz konkrete (bestimmte) Hypothesen kein Ermessen bei der Norminterpretation und -anwendung zulassen.

Sie erläutern am Beispiel einer Norm aus dem tschechischen Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 450 o. z.<sup>119</sup>) anhand des richterlichen Ermessens der Schadensbemessung, dass die genannte Hypothese zum Kreis der durch erheblich abstrakte Merkmale bestimmten Fälle gehört und dies Einfluss auf die Stellung des staatlichen Organs bei der Anwendung der Rechtsnorm, beim Erlass individueller Rechtsakte hat, weil die relativ abstrakte Hypothese immer eine gewisse Möglichkeit zum Ermessen (*uvážení*) bei der Rechtsanwendung voraussetzt.<sup>120</sup>

<sup>118</sup> Die Autoren machen keinen Unterschied zwischen den Begriffen „*právní vědy*“ („Rechtswissenschaften“) und „*právní věda*“ („Rechtswissenschaft“), „*věda*“ („Wissenschaft“) und „*nauka*“ („Lehre“), „*teorie práva*“ („Rechtstheorie“) und „*obecná teorie práva*“ („allgemeine Rechtstheorie“) sowie „*obecná právní nauka*“ („allgemeine Rechtslehre“) (vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 13). Unter Rechtstheorie („*teorie práva*“) verstehen sie die allgemeinste rechtswissenschaftliche Disziplin, die sich damit beschäftigt, was den Rahmen der einzelnen Rechtsgebiete übersteigt und was sowohl dem Recht eines bestimmten Landes als auch verschiedener Länder gemeinsam ist (vgl. a. a. O., S. 14). Von einer reinen Rechtswissenschaft („*ryzí právní věda*“) gehen sie aus, wenn deren Gegenstand („*předmět*“) das mit einer spezifischen normativen Methode („*normativní metoda*“) untersuchte positive Recht („*pozitivní právo*“) ist (vgl. a. a. O., S. 16 f.). Der grundlegende Begriff, auf den sich die Methodologie dieser reinen Rechtslehre („*ryzí právní nauka*“) alias normativen Theorie („*normativní teorie*“) stützt, ist die Norm. Die normative Theorie arbeitet mit der normativen Methode, d. h. ihre Aufgabe ist festzustellen, was nach positivem Recht sein soll bzw. darf. Mittels dieser Methodologie wird folglich alles ausgeschlossen, was keine normative Bedeutung hat. Neben dieser Methodologie des Normativismus alias der reinen Rechtslehre, die im 20. Jahrhundert vor allem von *František Weyr* und *Hans Kelsen* herausgearbeitet wurde (für die Verwaltungsrechtslehre ist wohl noch *Adolf Merkl* zu ergänzen), führen die Autoren auch die sog. Rechtsdogmatik (*právní dogmatika*) als reine Rechtswissenschaft an (vgl. a. a. O., S. 17). Letztere wurde in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts durch die Pandektistik begründet, also auf der Grundlage des römischen Privatrechts, und im 19. Jahrhundert durch die historische Rechtsschule vervollkommenet, als sie sog. allgemeine Lehren des bürgerlichen Rechts (*obecné nauky občanského práva*) herausarbeitete. Die Rechtsdogmatik erhob diese Rechtskunde zur Wissenschaft durch Herausbildung eines Aufbaus höherer allgemeiner und genauer Rechtsbegriffe (*obecné a přesné právní pojmy*) zur Beherrschung der Materie des positiven Rechts (vgl. a. a. O., S. 17). Von Seiten des Normativismus, der sich durch einen unabhängigen rechtsphilosophischen Ausgangspunkt auszeichnete, waren (sind) die Wortbegriffe der Rechtsdogmatik erheblicher Kritik ausgesetzt. Erstere gründete nämlich auf einem davon abweichenden Aufbau von Wortbegriffen, die die Entwicklung in jüngeren Rechtsgebieten, vor allem des öffentlichen Rechts (für das Verwaltungsrecht wurde *Adolf Merkl* schon genannt) dieser Zeit widerspiegeln. Die Autoren schließen damit, dass eine Reihe der durch die Rechtsdogmatik herausgearbeiteten allgemeinen Begriffe (*obecné pojmy*) Teil der sog. traditionellen Rechtslehre (*tradiční nauka právní*) sind, an die auch die gegenwärtige Rechtstheorie – besonders in Ländern mit einer Rechtskultur des kontinentaleuropäischen Typs – weiterhin anknüpft, vielmehr also als an den Wortbegriffen der normativen Theorie (vgl. a. a. O., S. 17). *Boguszak/Čapek/Gerloch* verstehen ihre Rechtstheorie folglich in dem genannten Sinne der entwickelten Rechtsdogmatik.

<sup>119</sup> *Občanský zákoník* (o. z.)=Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

<sup>120</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 85.

Relativ abstrakte Hypothesen ermöglichen zugleich auf angemessene Weise, eine umfängliche Reihe (Gattung) konkreter Fälle rechtlich zu regeln. Aus der Natur der geregelten Beziehungen ergibt sich danach manchmal die Notwendigkeit, dass die Hypothese so abstrakt formuliert wurde, dass relativ weite Grenzen für die Entscheidung des staatlichen Organs nach Ermessen gebildet wurden.

Als Beispiele werden dann die unbestimmten Rechtsbegriffe „*obecný zájem*“ („allgemeines Interesse“) und „*ochrana veřejného pořádku*“ („Schutz der öffentlichen Ordnung“) genannt und festgestellt, dass auch in solchen Fällen die Hypothese bestimmt ist, die Stufe ihrer Abstraktheit aber an das staatliche Organ gewissermaßen andere Ansprüche stellt, als dies bei relativ konkreten Hypothesen der Fall ist.<sup>121</sup> Bei der Rechtsanwendung (*aplikace práva*)<sup>122</sup> der Organe der öffentlichen Gewalt (*orgány veřejné moci*) kann diese relative Abstraktheit einer rechtlichen Regelung einen solchen Grad erreichen, dass das staatliche Organ nur in dem Rahmen gebunden ist, dass es die konkreten Bedingungen der Einzelfälle berücksichtigen kann und ein unerwünschter Formalismus vermieden wird. In einem solchen Fall ist den staatlichen Organen in gewissen (weiteren oder engeren) Grenzen das Recht zum Ermessen (*uvážení*) überlassen.<sup>123</sup>

Im Kapitel über Modalitäten der Rechtssetzung und Rechtsverwirklichung führen die Autoren aus, dass es in geschlossenen und zugleich vollständig programmierten Prozessen der Rechtsanwendung um eine verhältnismäßig einfache Bewertung (*hodnocení*) – als axiologisches Stadium der Entscheidungsvorbereitung – geht, die kein Ermessen mitumfasst.<sup>124</sup> Ein derartiger Prozess hat keine normbildende Bedeutung (*normotvorný význam*), die Geschlossenheit dieses Prozesses wird entweder allein durch die normative Regelung oder auf andere Weise, d. h. im Wege der Rechtauslegung (*výklad práva*) ausgedrückt. Prozesse der Rechtsanwendung können geöffnet (*otevřené*) oder geschlossen (*uzavřené*) sein. Prozesse der Rechtssetzung sind dagegen geöffnet. Im Hinblick auf die vorzunehmende Subsumtion hängt bei konditionalen Entscheidungen das Wesen der Wertung (*hodnocení*) davon ab, ob die anzuwendende Norm Ermessen zulässt, dieses durch die

---

<sup>121</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 85.

<sup>122</sup> Die Anwendung von Normen des Verwaltungsrechts ist eine besondere Form ihrer Verwirklichung und zwar durch die Vermittlung der Organe der staatlichen Verwaltung. Sie ist die Anwendung und Geltendmachung von verwaltungsrechtlichen Normen durch das Verwaltungsorgan auf einzelne Tatsachenfälle oder –situationen (Průcha, Petr: *Správní právo. Obecná část (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil)*, Masarykova univerzita Brno 2004, S. 106 f.). Nach Boguszak/Čapek/Gerloch (a. a. O., S. 144) geht es um einen zusammengesetzten, verschiedene Erkenntnis-, logische, Interpretations-, wertende und Entscheidungsprozesse miteinschließenden Prozess. Dieser umfasst unter Anderem die aktive Tätigkeit beim Schutz und der Sicherung gesellschaftlicher Werte und trägt auch schöpferische Elemente bei der Entscheidungsbildung.

<sup>123</sup> Vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 156 f. auch zur relativen Gebundenheit und den Ermessensgrenzen.

<sup>124</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 162.



Hypothese oder die Disposition ermöglicht wird oder ausgeschlossen ist.<sup>125</sup> Ist Ermessen durch die Disposition zugelassen, tritt zur durchgeführten Subsumtion noch ein weiteres axiologisches Stadium. Bei geschlossenen konditionalen Prozessen gestattet die Rechtsnorm kein Ermessen, da die Hypothese nur mittels bestimmter, ganz konkreter Begriffe und taxativ als einziges hinreichendes und erschöpfendes Bewertungskriterium für die Subsumtion ausgedrückt wird und entsprechend auch die wegen der sog. gebundenen Ermächtigung (*vázaná pravomoc*) nur individualisierende, keinesfalls konkretisierende Disposition mit nur einer zulässigen (gesetzlichen) Entscheidung kein Ermessen ermöglicht.<sup>126</sup>

Geöffnete konditionale Prozesse ermöglichen Ermessen bei der Rechtsanwendung. Wird es in der Hypothese zugelassen, ändert sich das Wesen des Bewertungsprozesses. Die Hypothese der Norm benennt diese oder jene Art Eingangsinformation über den Tatbestand oder ihre ganze Gattung abstrakt, d. h. mit einem unbestimmten Begriff (*neurčitý pojem*). Da das Designat des unbestimmten Begriffs der Hypothese nicht ohne Weiteres identifizierbar ist, genügt zur Beurteilung bei der Subsumtion der Eingangsinformation nicht die Hypothese der Norm allein als Bewertungskriterium. Die in der Hypothese angeführte abstrakte Formulierung muss bei der Subsumtion mittels eines kohärenten axiologischen Kriteriums konkretisiert werden.<sup>127</sup> Immer in der Hinsicht, in der die konditionale Norm Ermessen zulässt, wird bei der Bewertung auch das Verfahren geltend gemacht, das für durch eine teleologische Norm final geregelte Prozesse charakteristisch ist. Die finale Wertung wird im Rahmen der Bewertung geltend gemacht, die sich auf konditionale Normen gründet:

Die festgestellte nicht-normative Eingangsinformation über den Tatbestand wird als subsumierbar oder nicht subsumierbar durch Beurteilung der Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit der Entscheidung bewertet, die sich aus der einen oder anderen Lösung der Subsumtionsfrage ergibt.<sup>128</sup>

Wenn sich das Ermessen auf die Entscheidung allein bezieht, weil es durch die Disposition der Norm ermöglicht wird, werden die Modalitäten der subjektiven Rechte und Pflichten der Verfahrensbeteiligten abgewogen.<sup>129</sup> Dabei werden die Entscheidungsvarianten eliminiert, die den Zweck der Norm im Hinblick auf die zu subsumierende Eingangsinformation über den faktischen Tatbestand verfehlen. Anders gesagt:

---

<sup>125</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 164 f.

<sup>126</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 165.

<sup>127</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 167.

<sup>128</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 167.

<sup>129</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 168.

„man wählt in den Grenzen des Ermessens die Entscheidungsvariante, die unter den gegebenen (subsumierten) Informationen jenem Zweck am ehesten entspricht.“<sup>130</sup>

Es lassen sich dabei zwei Formen unterscheiden. Die erste Form betrifft Ermessen bei der Rechtsanwendung dadurch ermöglichende Dispositionen, dass sie unbestimmte (abstrakte) Begriffe beinhalten, sodass bei der Anwendung der Disposition nicht nur um Individualisierung, sondern auch um Konkretisierung in Beziehung auf den vorliegenden Einzelfall geht. Soweit diese Art des Ermessens bei der Entscheidung im Bereich des Privatrechts zugelassen wird, wird ein konstitutives Element in die Entscheidung mit hineingetragen, das in dieser Sphäre in materiellrechtlicher Hinsicht in der Regel deklaratorisch ist.<sup>131</sup> Eine spezifische Art des Ermessens wird geltend gemacht, wenn die Disposition für den Fall der positiven Lösung der Subsumtionsfrage dem entscheidenden Subjekt die Möglichkeit überlässt, die Entscheidung nach der Disposition zu erlassen oder nicht zu erlassen (gegebenenfalls eine dem Antrag entsprechende oder ihn ablehnende Entscheidung zu erlassen). Anders gesagt:

„die einschlägige Entscheidung kann erlassen werden, nur wenn der faktische Tatbestand den in der Hypothese ausgedrückten Bedingungen entspricht, aber auch in diesem Fall kann sie nicht erlassen werden (oder eine negative Entscheidung erlassen werden).“<sup>132</sup>

Diese Art des Ermessens (sog. ungebundene Ermächtigung) (*tzv. nevázaná pravomoc*) kommt in Dispositionen von Normen vor, wenn es um den Erlass von Entscheidungen konstitutiver Natur in der Sache selbst geht.<sup>133</sup>

Auch durch eine finale teleologische Norm eingeleitete Prozesse können entweder geöffnet oder geschlossen, gegebenenfalls programmiert sein.<sup>134</sup> Prozesse der Rechtssetzung sind geöffnete Entscheidungen. Entscheidungssituationen in durch eine finale Norm eingeleiteten Prozessen zeichnen sich durch mehrere Komponenten aus. Die finale Norm bestimmt immer den Zweck (*účel*) bzw. das Ziel (*cíl*). Der Zweck ist das erwünschte zukünftige Ergebnis (der Effekt) hinsichtlich irgendeiner Erscheinung (eines Gegenstandes). Das Ziel kann dessen Schaffung oder diese oder jene Entwicklung oder ein Zustand oder seine Beseitigung sein.

---

<sup>130</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 168.

<sup>131</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 168 f. erläutern dies wiederum an Beispielen, unter Anderem an der Bestimmung des § 450 o. z.

<sup>132</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 169.

<sup>133</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 169 verweisen dazu auf das Steuer- und Abgabenrecht.

<sup>134</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 169.

Wenn es um einen normbildenden (*normotvorný*) Prozess geht, ist die Abgrenzung des Ziels durch individuelle Merkmale problematisch. Wenn der Zweck oder das Ziel durch eine finale Norm eher abstrakt bestimmt wird, muss die Vorbereitung der Entscheidung mit der Präzisierung oder Konkretisierung des Zwecks der realisierenden Entscheidung beginnen. Die als Mittel zur Zielerreichung notwendige Tätigkeit wird nicht durch die finale Norm durch individuelle Merkmale bestimmt (sonst ging es um Entscheidungen individueller Natur). Die Bestimmung des Zwecks ist von normativer Bedeutung. Das axiologische Stadium in finalen Prozessen beruht auf der Bewertung verschiedener Lösungen (Modalitäten der normativen Regulierung) zunächst nach zwei grundlegenden Kriterien – der Zweckmäßigkeit (*účelnost*) und der Gesetzmäßigkeit (*zákonnost*) (einschließlich der Verfassungsmäßigkeit (*ústavnost*)), sodass die Varianten ausgeschlossen werden, die den bestimmten Zweck verfehlen, genauso wie die, die die durch normative Akte höherer Rechtskraft (*vyšší právní síly*) bestimmten Grenzen überschreiten. Kommen verschiedene Varianten als zweck- und gesetzmäßig in Betracht, wird auf weitere Maßstäbe wie das Kriterium der Wirksamkeit (*efektivnost*), der Nützlichkeit (*prospěšnost*), der Wirtschaftlichkeit (*hospodárnost*) oder das Maß der Wahrhaftigkeit (*pravděpodobnost*) zurückgegriffen.<sup>135</sup>

Letztere resultiert auch aus der Besonderheit finaler Entscheidungen, dass diese notwendig objektiv mit einer gewissen Unsicherheit (*nejistota*) verbunden sind, gegebenenfalls einem Risiko hinsichtlich der Zweckerreichung.

bbb) Průcha: Verwaltungsermessen als entscheidungsbezogene objektivierte Geltendmachung einer von mehreren möglichen Rechtsfolgen

Nach *Petr Průcha* steht das Verwaltungsermessen traditionell für Situationen, in denen die einschlägige Bestimmung der Rechtsvorschrift den Eintritt oder die Existenz bestimmter Bedingungen (Tatbestand) nicht mit der Notwendigkeit des Eintretens einer einzig möglichen Rechtsfolge verbindet<sup>136</sup>, und umgekehrt dem Subjekt der vollziehenden öffentlichen Verwaltung einen gewissen Raum für die Wahl einer bestimmten Lösung bzw. Entscheidung belässt. In seinem Lehrbuch Verwaltungsrecht leitet er die Behandlung des Verwaltungsermessens damit ein, dass das sog. Ermessen (*uvážení*) ein wichtiger Teil der Interpretation von Normen des Verwaltungsrechts ist und das einmal in Form des sog. Verwaltungsermessens (*správní uvážení*), einmal in der Ermessensform der sog.

<sup>135</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 171.

<sup>136</sup> Vgl. Průcha, Petr: *Správní právo. Obecná část (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil)*, Masarykova univerzita Brno 2001, S. 77.

unbestimmten Begriffe (*neurčitě pojmy*).<sup>137</sup> Das Verwaltungsermessen kann der Natur der Sache nach sowohl in der Hypothese als auch in der Disposition und letztlich auch in der Sanktion der Verwaltungsrechtsnorm vorkommen. Das Verwaltungsorgan bestimmt dann in jedem Fall innerhalb der ihm durch die einschlägige Norm des Verwaltungsrechts gegebenen Grenzen die konkrete Art der Lösung selbst. Umgekehrt ist das Verwaltungsermessen der Natur der Sache nach dort ausgeschlossen, wo die Verwaltungsrechtsnorm für einen bestimmten Tatbestand nur eine einzige mögliche rechtliche Lösung erwägt.<sup>138</sup> Dann besteht keine Wahlmöglichkeit und es muss die gegenständliche eine Lösungsvariante geltend machen. Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass das Verwaltungsermessen dort in Betracht kommt, wo es das öffentliche Interesse (*veřejný zájem*) erfordert und wo es mit differenzierten rechtlichen Lösungen auszufüllen nötig ist. Der Sinn des Verwaltungsermessens liegt dabei in seiner objektivierten Geltendmachung, daher kann es nicht Willkür bedeuten und zu objektiv nicht untergeordneten Schlussfolgerungen führen.<sup>139</sup> Die sog. unbestimmten Begriffe repräsentieren nach *Průcha* als Institut eine andere Form des Ermessens und sind folglich nicht Verwaltungsermessen im zuvor genannten Sinn. Es handelt sich dabei um die Situation, wenn die Verwaltungsrechtsnorm einen Ausdruck (*výraz*) verwendet, d. h. den sog. unbestimmten Begriff, der nicht näher inhaltlich definiert und der inhaltlich auch nicht näher durch andere Rechtsnormen definiert wird.

Es z. B. um Ausdrücke wie das eben genannte öffentliche Interesse (*veřejný zájem*), die öffentliche Ordnung (*veřejný pořádek*), das bürgerliche Zusammenleben (*občanské soužití*) etc., deren Inhalt das Verwaltungsorgan selbst im Wesentlichen von Fall zu Fall beurteilen und auf Grundlage einer umsichtigen Beurteilung der gegebenen Situation entscheiden muss, ob im vorliegenden Fall sein Inhalt erfüllt wird oder nicht. Dort, wo das Verwaltungsorgan zu dem Schluss kommt, dass der Inhalt des vorliegenden sog. unbestimmten Begriffs im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Tatbestand erfüllt ist, muss es weiter auf die Weise verfahren, die die gegebene Verwaltungsrechtsnorm für eine solche Situation voraussetzt.

Unbestimmte Begriffe können danach sowohl in sog. gebundenen Normen (*normy vázané*) vorkommen, d. h. wo mit der Erfüllung des Inhalts des gegenständlichen Begriffes eine einzige mögliche rechtliche Lösung verbunden ist, dann muss das Verwaltungsorgan auch in

---

<sup>137</sup> Průcha, Petr: Správní právo. Obecná část (*Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil*), Doplněk Masarykova univerzita Brno 2004, S. 108.

<sup>138</sup> Průcha, Petr: a. a. O., S. 109 unter Verweis auf Merkl, Adolf: Obecné právo správní (*Allgemeines Verwaltungsrecht*), I. díl (*I. Band*), Orbis Praha-Brno 1931, S. 150.

<sup>139</sup> Průcha, Petr: a. a. O., S. 109 hinsichtlich des Willkürvergleichs auf Dworkin, Ronald: Když se práva berou vážně (Bürgerrechte ernst genommen), Oikoymenh Praha 2001, S. 54 f. verweisend.

der zulässigen Weise verfahren oder entscheiden, oder unbestimmte Begriffe können auch in Normen mit Verwaltungsermessen vorkommen, und dann hat das Verwaltungsorgan bei der eigenen Entscheidung die Wahl.<sup>140</sup> Abschließend konstatiert der Lehrbuchautor, dass Verwaltungsermessen und sog. unbestimmte Begriffe folglich verschiedene Institute darstellen, wenn diese auch eng miteinander, weil mit der Interpretation und Anwendung von Verwaltungsrechtsnormen zusammenhängen und auch in gegenseitiger Kombination in Betracht kommen können.

ccc) Hendrych: Verwaltungsermessen als Wahlmöglichkeit verhältnismäßiger Zweckerfüllung des öffentlichen Interesses

Im klassischen Lehrbuch von *Dušan Hendrych* wird darauf hingewiesen, dass sog. unbestimmte Rechtsbegriffe Erscheinungen oder Tatsachen erfassen, die erfolgreich ganz genau rechtlich zu definieren unmöglich sind.<sup>141</sup> Ihr Inhalt und Umfang kann sich ändern, sie scheinen durch das Erkenntnisniveau in den technischen Wissenschaften und durch die Zeit sowie den Ort der Normanwendung bedingt zu sein. Der Gesetzgeber schafft der Verwaltung dadurch Raum, um zu bewerten, ob der konkrete Fall in den Umfang des unbestimmten Begriffs gehört. Aber auch der Gebrauch von unbestimmten Begriffen kann unmöglich alle Entscheidungsvarianten abdecken. Besonders dort, wo es notwendig ist, die Betonung nicht nur auf die Fachlichkeit (*odbornost*) der Verwaltung<sup>142</sup> zu legen, sondern auch auf die Elastizität, die Anpassungsfähigkeit an die eingetretene und auch vorhersehbare Situation im Hinblick auf die Folgen des Eingriffs, wählt der Gesetzgeber die Bestimmung der sog. Ermessensermächtigung (*diskreční pravomoc*). Synonym wird auch der Ausdruck Verwaltungsermessen (manchmal auch „freies Ermessen“) verwendet. Das Gesetz verschafft der Verwaltung die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Tätigkeiten im gegebenen Fall. Dabei zielt die Tätigkeit auf Befriedigung des öffentlichen (allgemeinen) Interesses.<sup>143</sup> Aus rechtlicher Sicht ist das Erfordernis der Tätigkeit nur in öffentlichem Interesse Bestandteil der

---

<sup>140</sup> Průcha, Petr: a. a. O., S. 110.

<sup>141</sup> Hendrych, Dušan: *Správní právo. Obecná část* (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), 5., erweiterte Auflage, C. H. Beck 2003, S. 82.

<sup>142</sup> Bezüglich des Fachlichkeitskriteriums verweist Hendrych zuvor bei den unbestimmten Rechtsbegriffen auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts vgl. ÚS II. 70/1999, Band 14 und ÚS IV. 138/1999, Band 16 zum Begriff der „Unbescholtenheit“ („bezúhonnost“) sowie die Entscheidung aus der zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit vgl. S 651-SJS 3/2000 zum Begriff „Programme, die die psychische oder moralische Entwicklung von Kindern und Jugendlichen gefährden könnten“ („pořady, které by mohly ohrozit psychický nebo morální vývoj dětí a mladistvých“), a. a. O., S. 82 Rdn. 127 Fn. 122.

<sup>143</sup> Hendrych, Dušan: *Správní právo. Obecná část* (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), 4., geänderte und ergänzte Auflage, C. H. Beck 1999, S. 60 Rn. 114 unter Verweis auf Forstthoff, E.: a. a. O., S. 165 und Rivero, J.: *Droit administratif* (Verwaltungsrecht), Dalloz Paris 1990, S. 12.

Wirkung und Kompetenz, so immer auch Kriterium der Legalität (*legalita*). Bei der Realisierung der Wirkung und Kompetenz ist es daher notwendig zu verfolgen, ob sie im Einzelfall im Einklang mit ihrem Zweck verwirklicht werden. Unter Verweis auf das französische Verwaltungsrecht mit dem Institut des *détournement de pouvoir* betont Hendrych in diesem Zusammenhang die Kategorie des Zwecks der übertragenen Ermächtigung zur Verhinderung des Ermächtigungsmissbrauchs (*zneužívání pravomoci*) als Instrument gegen Willkür bei Verwaltungsentscheidungen. Die Folgen der Beurteilung des Einklangs der Entscheidung mit dem öffentlichen Interesse unterscheiden sich nach dem Grad der materiellen Gebundenheit der Verwaltung durch das Gesetz.<sup>144</sup> Ist sie ganz gebunden, verhält es sich so, dass durch jede Entscheidung immer das öffentliche Interesse erfüllt wird. Man geht von der Überlegung aus, dass der Gesetzgeber deshalb eine strenge Bindung geschaffen hat, weil er den Einklang mit dem öffentlichen Interesse rechtlich in der Normanwendung ohne Möglichkeit der Abweichung in einzelnen Fällen suchte. Darin ist nicht nur eine Stärke solcher Bestimmungen zu sehen, sondern auch ihre Schwäche. Mit der Zeit kann es nämlich passieren, dass die Anwendung einiger Normen dieses Typs sich zu den tatsächlichen Bedürfnissen in Widerspruch setzt. Die Verwaltung hat dann keinen Raum zur Anpassung an die neue Situation, solange die Bestimmung nicht novelliert oder aufgehoben wird. Die Konstruktion strenger Gebundenheit beinhaltet daher immer in einem gewissen Maße diese Gefahr.

Bei Entscheidungen mit Ermessensermächtigung ist das Erfordernis des Einklangs des Eingriffs mit dem Zweck der übertragenen Ermächtigung bedeutend begrenzt.<sup>145</sup> Danach, wie die Rechtsnorm den Umfang des Verwaltungsermessens regelt, muss das Organ diesen Einklang bei der etwaigen Wahl, ob die Norm überhaupt angewendet werden soll, und bei der Auswahl der angebotenen Lösungen der Angelegenheit ermessen (*zvážit*). Bei der Kontrolle der Legalität ist es notwendig, die Rechtmäßigkeit seiner Erwägungen zu beurteilen.

Die Feststellung des Zwecks der übertragenen Ermächtigung muss nicht Schwierigkeiten bereiten. Er ist öffentliches (allgemeines) Interesse, nicht als ein abstrakter Wert, sondern als das Ergebnis der Entscheidung zwischen verschiedenen Interessen, als Kategorie, die bei jeder Entscheidung einen konkreten Inhalt hat, der mit den Umständen des gelösten Falles verbunden ist. Auch seine Spezifikation in der Rechtsnorm hilft. Schwierigkeiten ergeben sich allerdings bei Ausweisung des Missbrauchs der Ermächtigung in der konkreten Angelegenheit. Soweit man isoliert prüfen wollte, zu welchem Zweck die Ermächtigung faktisch verwendet wird (ohne Rücksicht auf die offizielle Begründung), gelangt man in den

---

<sup>144</sup> Hendrych, Dušan: a. a. O., S. 61 Rn. 116.

<sup>145</sup> Hendrych, Dušan: a. a. O., S. 61 Rn. 116.

Bereich der „subjektiven Seite“ der Entscheidung. Eine Ausnahme bilden nur ganz offensichtliche Abweichungen von den verfolgten Zielen. Dies ist einer der Hauptgründe eines gewissen Rückzugs der darauf abzielenden Kontrolle und ihrer eher subsidiären Rolle in der Gegenwart.<sup>146</sup> Eine angemessene Lösung ergibt sich nach Auffassung des Lehrbuchbearbeiters aber unter dem Blickwinkel des Verhältnismäßigkeitsprinzips (*princip proportionalitatis*).

ddd) Vopálka/Šimůnková/Šolín: Verwaltungsermessen als Ermessensermächtigung zur ordnungs- und gesetzmäßigen Ausübung alternativer Entscheidungsmöglichkeiten

Nach *Vladimír Vopálka/Věra Šimůnková/Miloslav Šolín* haben Ermächtigungen (*pravomoci*) nicht selten die Gestalt einer Ermessensermächtigung, wenn das Gesetz Raum für ein „gewisses Verwaltungsermessen (freies Ermessen)“ (*správní uvážení (volná úvaha)*) bei Entscheidungen im Rahmen der Grenzen liefert, die bestimmen – z. B. alternative Entscheidungsmöglichkeiten in der Sache anbieten, ohne dass eine unter ihnen Vorrang hätte, oder überhaupt es dem „Ermessen“ (*úvaha*) überlassen, ob entschieden wird oder nicht, gegebenenfalls ob positiv oder negativ entschieden wird.<sup>147</sup> In gesetzlichen Regelungen wird eine solche Entscheidung meist durch das Wort „kann“ („*může*“) in einem solchen Kontext ausgedrückt, dass dies eine Möglichkeit der angedeuteten Wahl bedeutet, oder durch den Ausdruck „auf die Entscheidung (Erlaubnis, Zustimmung u. s. ä.) besteht kein Rechtsanspruch“ („*na rozhodnutí (povolení, souhlas atp.) není právní nárok*“) angeführt. Entsprechende Regelungen können zu dem Schluss führen, dass es nicht um die Entscheidung über ein subjektives Recht geht, denn wenn die Angelegenheit nur jemandes Ermessen anheim gestellt ist, hat der Verwaltete ein solches Recht nicht, und eine solche Entscheidung bewegt sich außerhalb des Umfangs des Wirkungsbereichs der Verwaltungsordnung. Der angeführte Schluss ist aber nicht richtig. Weil es sich um eine Ermächtigung der Verwaltung handelt, hat der Verwaltete das Recht darauf, dass diese ordnungsgemäß ausgeübt wird, also ein subjektives (prozessuales) Recht (*subjektivní (procesní) právo*) darauf, dass die Angelegenheit ordnungsgemäß nach dem Gesetz verhandelt wird.<sup>148</sup> Daneben wird im modernen Rechtsstaat die Existenz eines „absolut“ freien Ermessens („*absolutní*“ *volná úvaha*), also im Grunde genommen die Willkür (*libovůle*) abgelehnt. Auch bei Fehlen

<sup>146</sup> Hendrych, Dušan: a. a. O., S. 61 Rn. 116 unter Verweis auf Rivero, a. a. O., S. 322.

<sup>147</sup> Vopálka, Vladimír/Šimůnková, Věra/Šolín, Miloslav: *Správní řád – komentář* (Verwaltungsordnung – Kommentar), 2. Auflage, C. H. Beck Praha 2003, § 1 Rdn. 11, S. 5.

<sup>148</sup> Vopálka, Vladimír/Šimůnková, Věra/Šolín, Miloslav: a. a. O., § 1 Rdn. 11, S. 6.

irgendwelcher ausdrücklicher Bedingungen für die Entscheidung in einer rechtlichen Regelung ist es notwendig, ein materielles subjektives Recht (*hmotné subjektivní právo*) aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (*obecné právní zásady*), wie z. B. der Rechtssicherheit (*právní jistota*), einschließlich dem Grundsatz berechtigter Erwartung (*zásada oprávněného očekávání*) (die Verwaltung wird im Rahmen der Gesetzlichkeit und richtig entscheiden), der Gleichheit (*rovnost*), dem Verbot des Ermächtigungsmissbrauchs, der Verhältnismäßigkeit usw. anzunehmen.<sup>149</sup>

eee) Mazanec: Verwaltungsermessen als pflichtmäßige Ausübung der durch das Gesetz begründeten Wahlfreiheit einer von mehreren rechtlich möglichen Entscheidungen bei der Lösung des konkreten Falles

*Michal Mazanec* betont einen wesentlichen<sup>150</sup> Unterschied zwischen dem unbestimmten Rechtsbegriff, bezüglich dessen er sich an die Ausführungen von *Zdeněk Bažil*<sup>151</sup> anlehnt, und Verwaltungsermessen<sup>152</sup>, weil das Verfahren des Verwaltungsgerichts und seine Kompetenz in Sachen gerichtlicher Gesetzlichkeitskontrolle des Verwaltungsakts anders sind. Wenn die Verwaltungsbehörde den unbestimmten Rechtsbegriff anwendet, muss sie auslegen, was sie unter ihm versteht, welche Merkmale es zu seiner Erfüllung aussucht, in welchem Umfang und Prozess sie ihn findet und mit welchen logischen Erwägungen sie dies tut.<sup>153</sup> Das Verwaltungsgericht – ohne dass es die Grenzen überschreiten würde, die das Gesetz ihm vorgibt, nämlich nur die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu beurteilen, hat die einzelnen Phasen dieses Prozesses seiner Kontrolle zu unterziehen und dem Kläger umfänglich Schutz zu gewähren.

Während unbestimmte Rechtsbegriffe gewöhnlich in der Hypothese der Rechtsnorm vorkommen, ist das freie Verwaltungsermessen in der Regel in der Disposition der Rechtsnorm enthalten.<sup>154</sup> Mit Verweis auf *Bažil*<sup>155</sup> definiert er Letzteres als

---

<sup>149</sup> Vopálka, Vladimír/Šimůnková, Věra/Šolín, Miloslav: a. a. O., § 1 Rdn. 11, S. 6.

<sup>150</sup> Zum Bezugspunkt der Feststellung dieser „Wesentlichkeit“, der allenfalls als ein dogmatischer gemeint ist, siehe unten.

<sup>151</sup> Bažil, Zdeněk: Neurčité právní pojmy a uvážení při aplikaci norem správního práva (se zvláštním zřetelem na judikaturu bývalého čl. Nejvyššího správního soudu) (Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen bei der Anwendung von Normen des Verwaltungsrechts – mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des ehemaligen tschechosl. Obersten Verwaltungsgerichts), Univerzita Karlova Praha: Karolinum, 1993, AUC Iuridica 6/1992.

<sup>152</sup> Mazanec, Michal: Neurčité právní pojmy, volné správní uvážení, volné hodnocení důkazů a správní soud (*Unbestimmte Rechtsbegriffe, freies Verwaltungsermessen, freie Beweiswürdigung und Verwaltungsgericht*), Bulletin advokacie 2000/4, S. 8 ff., 9.

<sup>153</sup> Mazanec, Michal: a. a. O., S. 11.

<sup>154</sup> Mazanec, Michal: a. a. O., S. 11.

<sup>155</sup> Bažil, Z.: a. a. O.



„durch das Gesetz begründete Freiheit, bei der Lösung des konkreten Falles eine von mehreren rechtlich möglichen Entscheidungen zu wählen“.

Nach der Betrachtung von Ermessensgrenzen und –gesichtspunkten<sup>156</sup> sowie der Gebundenheitsproblematik konstatiert er, dass gesetzlich zugewiesenes freies Ermessen gegenwärtig immer auch die Pflicht der Verwaltungsbehörde zum Gebrauch des freien Ermessens darstellt.<sup>157</sup>

fff) Sládeček: Verwaltungsermessen als selbständige gesetzlich gestattete Wahlmöglichkeit einer von mehreren Alternativentscheidungen aufgrund einer Bewertung des Tatsachen- und Rechtsstands der konkreten Angelegenheit

Nach *Sládeček* geht es beim Verwaltungsermessen – wie den diesem mehr oder weniger entsprechenden Äquivalenten *volná úvaha* (freies Ermessen), *správní diskrece* (Verwaltungsermessen), *diskreční právo* (diskretionäres Recht)<sup>158</sup> – als Institut des Verwaltungsrechts um eine zur Bewältigung der Vielgestaltigkeit gesellschaftlicher Beziehungen im Bereich der öffentlichen Verwaltung vom Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden ermöglichte gewisse Art von “Verfahrens-“Selbständigkeit (*“řízení” samostatnost*) bei Entscheidungen.<sup>159</sup> Er bringt verschiedene Definitionen aus der älteren und neueren Literatur, die seiner Auffassung nach in der Formulierung unterschiedlich, aber inhaltlich nahe beieinander liegen.

So zitiert er z. B. *Neubauer* (1925)<sup>160</sup>, der zum freien Ermessen ausführt:

---

<sup>156</sup> Mazanec bezieht sich in seinem Artikel auf die alte Rechtslage mit einer entsprechenden Formulierung in der ZPO a. F. (siehe unten).

<sup>157</sup> Unter Hinweis auf die gerichtliche Entscheidung Nr. 50/1994 der „roten“ Slg. Damit ist die Auswahl der Entscheidungen der Verwaltungssenaten der Ober- und Kreisgerichte gemeint bzw. (bis zum Jahr 1992) auch des damaligen Obersten Gerichts der ČR, in den Jahren 1993-1997 als Beilage der Zeitschrift *Správní právo* (Verwaltungsrecht) (1999 herausgegeben als „Soudní judikatura ve věcech správních 1993-1997“ bei Linde Praha). Ab dem Jahr 1998 übernahm die Ausgabe der Verlag CODEX Bohemia als Periodikum „Soudní judikatura ve věcech správních“ mit einem ausführlichen Register von Vladimír Mikule für jeden Jahrgang.

<sup>158</sup> Sládeček, Vladimír: *Obecné správní právo* (Allgemeines Verwaltungsrecht), ASPI Praha 2004, S. 120 Fn. 12, der bemerkt, dass man freilich besonders früher nicht umsonst von freiem Ermessen des Verwaltungsorgans (*volná uvážení (úvaha) správního orgánu*) hörte, denn das Ermessen wurde im 19. Jahrhundert (überwiegend) rechtlich nur gering begrenzt und war bis zum Jahr 1918 auch durch das Verwaltungsgericht nicht überprüfbar, unter Verweis auf Hácha, Emil: *Nejvyšší správní soud*. In: *Slovník veřejného práva československého II*. Brno, Poligrafia 1932, S. 814.

<sup>159</sup> Sládeček, Vl.: a. a. O., S. 120.

<sup>160</sup> Neubauer, Zdeněk: *Volné uvážení v řízení správním, zejména o přezkoumávání rozhodnutí spočívající na volné úvaze nejvyšším správním soudem*. Druhý sjezd československých právníků, Praha 1925, S. 1-73.

“Mit diesem Ausdruck sind die Fälle wertender Tätigkeit des Organs zu erfassen, die Fälle der Tätigkeit, die auf der Geraden zwischen Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit liegen. Diese Tätigkeit ist gegeben [...] entweder dann, wenn die Norm dem Organ ermöglicht, ein einen wertenden Ausdruck verwendenden Werturteil zu fällen oder dann, wenn die Norm dem Organ ausdrücklich die Ermächtigung zum Erlass von normativen Akten gibt, indem es delegierende Ausdrücke verwendet.”

Von *Merk*l (1932)<sup>161</sup> führt er die Feststellung an:

“Von Ermessen können wir nur dann sprechen, wenn es möglich ist, dieselbe Norm auf mehrere verschiedene Weisen anzuwenden, und wenn diese verschiedenen Weisen der Anwendung denselben juristischen Wert haben”.

Weiter bringt er die bereits erwähnte Definition von *Bažil* (1993)<sup>162</sup>:

“Unter freiem Ermessen des Verwaltungsorgans versteht man in der Regel die diesem Organ durch das Gesetz begründete Freiheit, bei der Lösung des konkreten Falles eine von mehreren rechtlich möglichen Entscheidungen zu wählen [...] Ermessen des Verwaltungsorgans als Ausdruck eines tolerierten Subjektivismus”.

Es folgt *Vopálka* (2003)<sup>163</sup>, der das Verwaltungsermessen als Situation begreift, wenn

“das Gesetz der Verwaltung die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Tätigkeiten im gegebenen Fall gibt”.

*Vladimír Mikule* (2003)<sup>164</sup> spricht davon, dass

“das Verwaltungsgorgan berechtigt und verpflichtet ist, besonders bei der Erteilung einer Berechtigung und der Auferlegung einer Verpflichtung nach eigenem Ermessen zu verfahren, wenn und inwieweit ihm das Gesetz die Berechtigung verschafft, über einen bestimmten Tatbestand auf verschiedene Weise zu entscheiden (mit Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit der Lösung im gegebenen Fall)”.

*Sládeček* fasst anschließend zusammen, dass unter Verwaltungsermessen das durch Gesetz ermöglichte Vorgehen zu verstehen ist, wenn die Verwaltungsbehörde aufgrund einer

---

<sup>161</sup> Merkl, A.: a. a. O., S. 160.

<sup>162</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 58, 61.

<sup>163</sup> Vopálka, Vl.: a. a. O., S. 82.

<sup>164</sup> Mikule, Vl.: a. a. O., S. 617.

Bewertung des Tatsachen- und Rechtsstands der Angelegenheit selbständig eine von zweien oder mehreren Alternativentscheidungen auswählt.<sup>165</sup> Er räumt aber ein, dass dies nicht immer ganz unabhängig geschehen muss, denn es existieren mehr oder weniger konkrete Direktiven zur Anwendung des Verwaltungsermessens, die in internen normativen Akten übergeordneter Verwaltungsbehörden bestimmt sind, d. h. das Verwaltungsermessen ist das durch die Verwaltungsnorm gestattete selbständige Ermessen (*uvažování*) des Organs bei der Entscheidung des konkreten Falles.

*Sládeček* bemerkt, dass in der Vergangenheit zwischen gebundenem (*vázané*), d. h. wenn das Gesetz eine bestimmte Richtung des Ermessens (*úvaha*) bestimmt, und freiem (*volné*) Ermessen, bei dem Grenzen bzw. eine Richtungsgebung des Ermessens nicht existieren, unterschieden wurde und hinterfragt Ersteres als *contradictio in adjecto*.<sup>166</sup> Praktisch kommt aber eine „Gebundenheit“ („*vázanost*“) des Verwaltungsermessens vor, da nämlich ein bestimmter durch das Gesetz mehr oder weniger (eng) begrenzter Raum (eine unterschiedliche Intensität der Gebundenheit und Freiheit) existiert, der der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit eröffnet, ihre intellektuelle (geistige) Tätigkeit, den Raum, in dem sich das Ermessen abspielt (bewegt), geltend zu machen. Beim Erlass von Verwaltungsakten hat aber das freie Ermessen weiterhin seinen berechtigten Platz (manchmal auch als absolutes Verwaltungsermessen (*absolutní správní úvaha*) bezeichnet), nämlich vor allem in Fällen, in denen auf den Erlass der Entscheidung kein Rechtsanspruch besteht.<sup>167</sup>

Als grundlegende Merkmale der Anwendung des Verwaltungsermessens definiert er in Übereinstimmung mit der Auffassung von *Bažil*: 1. die (relative) Freiheit der der Verwaltungsbehörde übertragenen Entscheidung, eine entsprechende Art der Lösung zu wählen, 2. die Rechtsnorm (das Gesetz) ist Grundlage, 3. sie ist keine natürliche sich aus ihrem Tatbestand ergebende Freiheit der Verwaltung, 4. dies ist eine „begrenzte Freiheit“, keineswegs Willkür (eine durch das Gesetz bestimmte Grenze), 5. die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde, das Verwaltungsermessen anzuwenden, 6. die Art des Gebrauchs des Verwaltungsermessens muss im Verwaltungsakt begründet werden.<sup>168</sup>

Nach Verweis auf die inzwischen umfangreiche Rechtsprechung der (zivilrechtlichen<sup>169</sup>) Verwaltungs-<sup>170</sup> und Verfassungsgerichtsbarkeit<sup>171</sup> sowie die Existenz verschiedener

---

<sup>165</sup> *Sládeček*, VI.: a. a. O., S. 121.

<sup>166</sup> *Sládeček*, VI.: a. a. O., S. 121.

<sup>167</sup> *Sládeček*, VI.: a. a. O., S. 122 verweist auf z. B. die Erteilung der Staatsbürgerschaft oder Entscheidungen in Steuerangelegenheiten.

<sup>168</sup> *Sládeček*, VI.: a. a. O., S. 122.

<sup>169</sup> Diese Begrifflichkeit geht ursprünglich auf Adolf Merkl zurück. Hier soll sie die bis 2002 vollständig zivilprozessrechtlich organisierte Verwaltungsgerichtsbarkeit bezeichnen.

konkreter Arten der rechtlichen Regelung des Verwaltungsermessens macht er auf die gelegentliche irrtümliche Verwechslung mit dem prozessualen Verfahren der freien Beweiswürdigung (*volné hodnocení důkazů*) aufmerksam.<sup>172</sup>

Bei der Charakteristik unbestimmter Rechtsbegriffe geht er von der allgemeinen Definition des Rechtsbegriffs als einzelner Wort oder kurzer Wortverbindung (Ausdruck) aus, der in der Rechtsvorschrift ausgedrückt wird, der spezifisch rechtliche Bedeutung hat und sich durch einen unterschiedlichen Grad an Schärfe (Eindeutigkeit) auszeichnet. Die Bestimmtheit kann dabei nach Gebrauch der Ausdrücke größer oder geringer sein. Unbestimmte Rechtsbegriffe kommen in der Regel vor allem in der Form der Verbindung einiger Wörter vor, die die beträchtliche Undeutlichkeit und Vieldeutigkeit charakterisieren. Der unbestimmte Rechtsbegriff entspricht so einer bestimmten Vielzahl von Gegenständen, Bedingungen oder Situationen und bewirkt so seinen ungewissen Inhalt. Bisweilen präzisiert danach die wiederholte Rechtsprechung z. B. der Verwaltungsgerichte die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs.<sup>173</sup>

Bei der Interpretation der unbestimmten Rechtsbegriffe ist nichtsdestotrotz notwendig zu verfolgen, ob das Gesetz keine Legaldefinition („Begriffsdefinition“), in der Regel in der Einführung oder am Schluss des Gesetzes, enthält. Sowohl dem Institut des Verwaltungsermessens als auch dem der unbestimmten Rechtsbegriffe ist zwar ein bestimmtes Maß an Freiheit und das Bedürfnis einer spezifischen analytischen Tätigkeit („Ermessen“) gemeinsam. Im Unterschied aber zum Verwaltungsermessen, wenn also das Verwaltungsorgan zwischen bestimmten Möglichkeiten wählt, „ermisst“, muss das Verwaltungsorgan bei der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes den Begriff im Zusammenhang mit dem existierenden Tatbestand auslegen (interpretieren).<sup>174</sup> Es geht um eine bestimmte intellektuelle Tätigkeit, keineswegs aber im Sinne einer (rationalen) Wahl,

---

<sup>170</sup> Insbesondere auf S 50 SP 5/1994, aber auch S 3 SP 3/1993, S 47 SP 4/1994, S 60 SP 6/1994, S 112 SP 2/1996, S 123 SP 5/1996, S 128 SP 5/1996, S 151 SP 2/1997, S 170 SP 6/1997 und Vopálka: a. a. O., S. 92 ff. (Anm. Nr. 136) sowie das Oberste Verwaltungsgericht bzw. die Kreisgerichte nach dem 1.01.2003 vgl. Entscheidungen Nr. 24/2003 Slg. NSS, Heft 1 (unter Verwechslung des Verwaltungsermessens mit unbestimmten Rechtsbegriffen), Nr. 99/2004 Slg. NSS, Heft 2, Nr. 132/2004 Slg. NSS, Heft 3, Nr. 186/2004 Slg. NSS, Heft 5.

<sup>171</sup> Vgl. Beschluss Nr. 23/1994 Slg. ÚS, Band 2, Beschluss Nr. 22/1995 Slg. ÚS, Band 4, Erkenntnis Nr. 135/1996 Slg. ÚS, Band 6, Erkenntnis Nr. 66/1997 Slg. ÚS, Band 8, Erkenntnis Nr. 97/1997 Slg. ÚS, Band 8, Erkenntnis Nr. 158/1997 Slg. ÚS, Band 9, Erkenntnis Nr. 53/1998 Slg. ÚS, Band 11, Erkenntnis Nr. 58/1998 Slg. ÚS, Band 11, Beschluss Nr. 46/1998 Slg. ÚS, Band 11, Erkenntnis Nr. 130/1999 Slg. ÚS, Band 15, Erkenntnis Nr. 43/2000 Slg. ÚS, Band 17, Beschluss Nr. 35/2000 Slg. ÚS, Band 19 und Beschluss Nr. 38/2000 Slg. ÚS, Band 20.

<sup>172</sup> Sládeček, Vl.: a. a. O., S. 123.

<sup>173</sup> Sládeček, Vl.: a. a. O., S. 124 mit Verweis auf Mazanec, M.: a. a. O. mit einem Bsp. aus dem Asylrecht.

<sup>174</sup> Sládeček, Vl.: a. a. O., S. 124, der insoweit deutlicher zwischen Interpretation und Rechtsverwirklichung zu unterscheiden scheint.

sondern um eine Begriffsauslegung und gegebenenfalls die Subsumtion des Tatbestandes dieses Begriffes.<sup>175</sup>

ggg) Zusammenfassung: Verwaltungsermessen als rechtlich verfasste entscheidungsbezogene Ermessensform mit gesetzlich begrenzter Wahlmöglichkeit nach konkretisierenden Kriterien

Zusammenfassend kann daher vorerst – ausgehend von der Feststellung durch *Skulová* einer zumindest insoweit übereinstimmenden Rechtstheorie – das Verwaltungsermessen in seinem Ausgangspunkt als Rechtsinstitut definiert werden, das sich im Wesentlichen als eine entscheidungsbezogene Ermessensform mit gesetzlich begrenzter Wahlmöglichkeit einer von mehreren Entscheidungsalternativen nach konkretisierenden Kriterien darstellt. Die Grenzen dieses Rechtsinstituts, d. h. die dieses begrenzenden konkretisierenden Kriterien, sind dabei noch ausführlich zu untersuchen.

bb) Exkurs: Ältere tschechische Verwaltungsrechtslehre

Die ältere tschechische Verwaltungsrechtslehre gestaltet sich hinsichtlich der Auffassung vom Institut des Verwaltungsermessens noch durchaus unterschiedlich.

Bei *Jiří Hoetzel* heißt es lapidar:

„Es geht darum, ob die Verwaltungsbehörde aus einer gesetzlichen Tatsachenvoraussetzung einen bestimmten rechtlichen Schluss ziehen muss“<sup>176</sup>.

Manchmal ist dem so, ein anderes Mal wird aber der Verwaltungsbehörde entweder eine absolute oder bestimmte Freiheit gewährt – es gibt danach die ganze Skala von absoluter Freiheit bis zur vollständigen Gebundenheit der Verwaltungsbehörde.

Als Beispiel wird die Erteilung der Staatsbürgerschaft angeführt: Der Staat entscheidet in der Regel ganz frei darüber, ob er die Staatsbürgerschaft erteilt oder nicht, aber in einigen Fällen des damaligen Gesetzes Nr. 236/1920 Slg. muss er diese Staatsbürgerschaft erteilen. Seine Gebundenheit liegt darin, dass er die Staatsbürgerschaft nicht erteilen darf, wenn dem Antragsteller nicht irgendeine Gemeinde das Heimatrecht

---

<sup>175</sup> Sládeček verweist insoweit auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung vgl. Erkenntnis Nr. 66/1997 Slg. ÚS, Band 8 zum wesentlichen Unterschied zwischen beiden Instituten (zur „Wesentlichkeit“ in diesem Urteil siehe unten).

<sup>176</sup> Hoetzel, Jiří: *Československé správní právo. Část všeobecná* (Tschechoslowakisches Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), 2. Auflage, Melantrich Praha 1937, S. 346.

in Aussicht stellt. Diese Gebundenheit kann für eine zweite Partei einen Schutz begründen; diese Bedeutung verliert sich, wenn der Behörde nur eine einzige Partei gegenübersteht.

*Hoetzel* verweist dann auf die Vorschriften darüber, dass eine Änderung des Namens nur erlaubt werden kann, wenn besonders rücksichtswürdige Gründe (*důvody zvláštního zřetele hodné*) vorliegen. *Ulbrich* spricht hier von bloßen Instruktionsvorschriften. Anschließend wird bemerkt, dass die rechtliche Grenze des freien Ermessens auch vom ehemaligen NSS geschützt wird. So legt es auch die damals neueste Formulierung der österreichischen Verfassung von 1934 in § 164 nahe<sup>177</sup>:

„Rechtswidrigkeit liegt nicht vor, soweit die Verwaltungsbehörde auf Grund der Bestimmungen des Gesetzes nach freiem Ermessen vorzugehen befugt war und von diesem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat.“

Das österreichische Verwaltungsgericht legte den Sinn dieser Bestimmung so aus, dass es das freie Ermessen von der Kontrolle ausschloss. Dass das Gericht diese Kontrolle ausüben kann, setzt die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde voraus, durch den Tatbestand, auf den sie sich stützte, weitere Erwägungen (*úvahy*) anzuführen, die sie zur Entscheidung führten. Sonst ist es unmöglich zu beurteilen, ob die Behörde nicht gesetzeswidrige oder ungebührliche Erwägungen zur Sache anführen ließ. Das ließe sich auch für das eigene Recht aufrechterhalten, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich bestimmt ist.<sup>178</sup>

Hinsichtlich sog. vager Rechtsbegriffe (*vágní právní pojmy*) betont *Hoetzel*, dass solche mit der Tatsachenbewertung (*skutkové hodnocení*) ihrer abstrakten Tatbestände – genauso auch die Beweiswürdigung (*hodnocení průvodu*) – nicht unter den Begriff des freien Ermessens (*volné uvážení*) fallen.<sup>179</sup>

*Weyr* äußert sich als herausragender Vertreter der Brünner Schule der sog. normativen Theorie<sup>180</sup> in seiner Rechtstheorie<sup>181</sup> zum Verwaltungsermessen wie folgt: Der Gedanke, dass im Bereich, der als

---

<sup>177</sup> Vgl. den heutigen Art. 130 Absatz 2 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes.

<sup>178</sup> *Hoetzel*, J.: a. a. O., S. 347.

<sup>179</sup> *Hoetzel*, Jiří zum Stichwort „volné uvážení“ in: SVP, S. 346.

<sup>180</sup> *Weyr*, František: *Teorie práva* (Rechtstheorie), Orbis Brno-Praha 1936, S. 331 ff. Vgl. aus der neueren Literatur auch *Weinberger*, Ota/*Kubeš*, Viktor: *Brněnská škola právní teorie* (normativní teorie) (Brünner Schule der Rechtstheorie (der normativen Theorie), Praha 2003. Die Brünner Schule steht in derselben rechtstheoretischen Tradition wie die Wiener rechtstheoretische Schule. In den Jahren nach 1910 bildete sich an der Wiener Universität um Hans Kelsen ein Kreis junger Wissenschaftler. Diesem Kreis gehörten unter Anderem *Adolf Merkl*, *Leonidas Pitamic*, *Fritz Sander*, *František Weyr* und *Alfred Verdross* an, der später aber über die Rechtstheorie Kelsens hinausging. Was diese Juristen durchaus verschiedener Auffassungen und Weltanschauungen verband, war das Bemühen um eine „reine“ („ryzí“) Rechtswissenschaft, die sich des Wesensunterschiedes von kausalem Naturgesetz als Gesetz des Seins und dem Rechtsgesetz als einem Gesetz des Sollens bewusst ist, die Rechtswissenschaft so als normative Gesellschaftswissenschaft begreift und mit der ihr adäquaten Methode zu juristischen Erkenntnissen gelangt (vgl. *Merkl*, *Adolf*: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Mit einem Vorwort zum Neudruck von *Karl Korinek*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt 1969, Vorwort VIII).

<sup>181</sup> *Weyr*, František: *Teorie práva* (Rechtstheorie), Orbis Brno-Praha 1936, S. 319.

Imperium der Organe der ausübenden Gewalt angesehen wird, der Grundsatz der formalen Determinierung einer niedrigeren Norm durch eine höhere Norm überhaupt zur Geltung kommt, oder wenigstens nicht in dem Maße wie im Bereich der richtlicheren Normsetzung, ist weiter Grundlage der Lehre vom sog. freien Ermessen (*volné uvážování*) der Verwaltungsakte erlassenden Verwaltungsorgane. Dieses Ermessen meint eine relative Freiheit, die dem sekundären Normschöpfer bei der Anwendung der Primärnormen gebührt. Von der bloßen primären Blankettnorm, die der sekundären Norm nur die rechtliche Bedeutung verleiht und dem sekundären Normschöpfer die volle Freiheit hinsichtlich der Bestimmung des Inhalts der konkreten Norm überlässt, bis zur absoluten inhaltlichen Gebundenheit – der Fall der absoluten inhaltlichen Determinierung, in dem die Tätigkeit des sekundären Normschöpfers wie ein bloßer Mechanismus, der die intellektuelle Anwendungsoperation durchführt, büßt die charakteristische normbildende Freiheit ein – ist eine unendlich Reihe größerer und geringerer Gebundenheit denkbar, d. h. Intensität des freien Ermessens. Eine verhältnismäßig sehr einfache Betrachtung zeigt dann, dass die Erscheinung, die die traditionelle Lehre „freies Ermessen“ nennt, in allen Stufen sekundärer Normbildung vorkommen muss und dass es folglich insbesondere undenkbar ist, dass dieses freie Ermessen grundsätzlich nur bei einer Art der autoritativen sekundären Normbildung, d. h. nämlich im Bereich der öffentlichen Verwaltung vorkommt. Es ist auch auf den ersten Blick klar, dass es in der richterlichen Normsetzung tatsächlich vorkommt, und das sowohl in der zivilrechtlichen als auch strafrechtlichen. Auch die traditionelle Zivilrechts- und Strafrechtslehre spricht manchmal vom richterlichen Ermessen (*soudcovské uvážení*). Daraus wurde aber keine Lehre geformt, die der Lehre vom freien Ermessen der Verwaltungsbehörden entsprechen würde. Im Übrigen versteht sich, dass es keine entsprechende Lehre vom freien Ermessen der gesetzgebenden Organe – der Schöpfer allgemeiner Gesetze – gegenüber den verfassungsgebenden Organen gibt. Es wird hier nicht – wie im Bereich speziellen Schrifttums – z. B. die gesetzliche Gebundenheit (*zákonná vázanost*) der Verwaltungsorgane von gebundenem bzw. freiem Ermessen unterschieden, und zwar deshalb, weil sich in der richterlichen Normsetzung immer eine gesetzliche Gebundenheit findet, mit anderen Worten: das Problem des freien Ermessens wird nicht, wie das danach getan werden sollte, als allgemeines (*obecný*), allen Rechtsgebieten (der rechtlichen Normbildung) gemeinsames angesehen, sondern das freie Ermessen bleibt gerade eine nur für den Bereich der Bildung von Verwaltungsakten typische Erscheinung.<sup>182</sup>

*Merkel* – dem das Verdienst der Anwendung der Reinen Rechtslehre auf das Verwaltungsrecht zukommt und dessen Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung unabdingbarer Bestandteil der Rechtstheorie der Wiener und Brünner Schule geworden ist – bezeichnet in seiner Verwaltungslehre<sup>183</sup> als Gegenstück des objektiven Verwaltungsrechts in der Verwaltungstätigkeit das subjektive

---

<sup>182</sup> Weyr, František: *Teorie práva* (Rechtstheorie), Orbis Brno-Praha 1936, S. 320. Eine entsprechende Betrachtung stellt Weyr dann im Folgenden für den Begriff der Rechtskraft (*právní moc*) an.

<sup>183</sup> Merkel, Adolf: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Mit einem Vorwort zum Neudruck von Karl Korinek, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt 1969, S. 140.

Verwaltungsermessens. Er betont, dass diese subjektive Determinante nicht nur von rechtlichen, sondern verschiedenen außer- bzw. nichtrechtlichen Gesichtspunkten – nicht notwendig nur durch Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte – bestimmt wird.

„Das Ermessen ist die Pforte im Rechtsgebäude, durch die außerrechtliche Motivationen eindringen können.“<sup>184</sup>

Die Gegenüberstellung des Ermessens mit Gebundenheit kann folglich in dem Sinne erfolgen, dass im Falle der Gebundenheit das Verhalten inhaltlich durch das Recht – durch das Gesetz – bestimmt ist, im Falle des Ermessens durch außerrechtliche Motive. Im Hinblick auf die Zahl der Lösungen für den konkret zu entscheidenden Fall ist anzumerken, dass wenn der rechtliche Grund, das Gesetz, die Lösung bestimmt, dann die rechtmäßige, also eine Lösung richtig ist; wenn im Falle des Ermessens außerrechtliche Gründe bestimmend wirken können, dann sind – vom Standpunkt des Rechts aus betrachtet – mehrere Lösungen möglich. Es handelt sich also bei den Gegenüberstellungen rechtlich-außerrechtlich bzw. eine oder mehrere Lösungen um zwei Aspekte derselben Unterscheidung.

Eine hinsichtlich des Gesichtspunkts des inhaltsbestimmenden Subjekts für das betreffende Verhalten klare Unterscheidung wird darin gesehen, dass Ermessen einen Mangel der verbindlichen Bestimmung durch einen fremden Willen bedeutet, also die rechtliche Fähigkeit, den eigenen Willen sprechen zu lassen.<sup>185</sup> Im Lichte des Stufenbaus der Rechtsordnung wird ausgeführt, dass das Ermessen nicht durch seine mehr oder weniger bewusste oder beabsichtigte positivrechtliche Setzung, sondern durch die Technik der stufenförmigen Rechtserzeugung bedingt ist. So kann ein relativ abstrakter Akt, der als Erzeugungsregel eines relativ konkreten Aktes dient, diesen nicht gänzlich determinieren, sondern nur die eine Komponente des Konkretisierungsprozesses abgeben und insoweit einer anderen Komponente Raum geben: dem Ermessen des zum Konkretisierungsakt berufenen Organs.

„Stellt das präformierte objektive Recht, das in den Rechtserzeugungs- oder Rechtsanwendungsprozess eingeht, die heteronome Determinante des Rechtserzeugungs- oder Rechtsanwendungsorgans dar, so stellt das freie Ermessen die komplementäre autonome Determinante dar: Akte der Rechtskonkretisierung sind somit dank ihrer objektiv-heteronomen Determinante Akte der rechtlichen Bindung, dank ihrer subjektiv-autonomen Determinante Akte des freien Ermessen.“<sup>186</sup>

*Merkel* weist hinsichtlich der Wendung des „pflichtgemäßen“ Ermessensausübung auf einen weiteren seiner Auffassung nach unvertretbaren Aspekt der gängigen Lehre hin<sup>187</sup>: während die herkömmliche Ermessenslehre die im Weisungsrecht gelegene offensichtliche Beschränkung des Verwaltungsermessens kaum beachtet, pflegt sie andere Schranken des Verwaltungsermessens

---

<sup>184</sup> Merk, Adolf: a. a. O., S. 152.

<sup>185</sup> Merk, Adolf: a. a. O., S. 152.

<sup>186</sup> Merk, Adolf: a. a. O., S. 142.

<sup>187</sup> Merk, Adolf: a. a. O., S. 149.



aufzurichten, die ungleich problematischer, mit der Behauptung, dass sich das Verwaltungsermessen durch seinen Grad vom richterlichen Ermessen unterscheide, kaum vereinbar sind. Das Verwaltungsermessen wird nämlich als ein „pflichtmäßiges“ bezeichnet und die das Ermessen beschränkende Pflicht dahin bestimmt, das den Staatszweck darstellende öffentliche Interesse wahrzunehmen. Dieser Schranke wird vereinzelt auch eine solche Verengung zugeschrieben, dass auch in Ermessensakten nur ein ganz bestimmter Akt dem Gesetz entspreche. In einer solchen Ermessenlehre läuft die Position des Ermessens auf seine Negation hinaus, denn wenn das Ermessen pflichtmäßig, d. h. gebunden, und zwar in der Weise gebunden wäre, dass alle Akte mit Ausnahme eines einzigen rechtlich fehlerhaft sind, dann wäre das Ermessen nur ein scheinbares, in Wirklichkeit jedoch ein Sonderfall rechtlicher Bindung, der sich von den anderen Fällen rechtlicher Bindung etwa dadurch unterscheidet, dass in diesen Fällen der Wille des Gesetzes logisch erkannt, in jenen Fällen aber wie ein Rätsel erraten werden müsste.

Die Ermessenlehre steht und fällt mit dem Vorhandensein von Fällen, in denen aufgrund einer Norm eine Mehrzahl verschiedener, und zwar juristisch unterscheidbarer Normanwendungen gleichermaßen möglich wie juristisch gleichwertig ist.

Ein wesentlicher<sup>188</sup> rechtstheoretischer Unterschied zwischen Verwaltungsermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen kann aus Sicht der Merkl'schen Verwaltungslehre nicht festgestellt werden, da Ermessen theoretisch dann auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen gegebenenfalls nicht auszuschließen ist.<sup>189</sup>

Insbesondere hinsichtlich des letzten von Merkl kritisierten Aspekts der pflichtgemäßen Ermessensausübung findet sich bei *Jiří Pražák* eine sehr beachtenswerte Theorie.<sup>190</sup> Vom „freien Ermessen“ geht er aus, wenn die Behörde innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen die ihr übertragenen Angelegenheiten so ausführt, wie es nach ihrer Beurteilung dem Wohl des Ganzen und der Rücksicht auf die ihrer pflichtmäßigen Sorgfalt anvertrauten Interessen entspricht. Damit ist das sog. „technische Ermessen“ („*technické uvážování*“) aber nicht zu verwechseln. Dies besteht darin, dass ein bestimmter Tatbestand unter die rechtliche Regelung aufgrund von Prämissen subsumiert wird, die nach den Umständen besondere Fachkenntnisse erfordern.<sup>191</sup> So wird auch bei der sich auf sachverständige Äußerungen gründenden richterlichen Entscheidung nicht behauptet, sie sei nach freiem Ermessen ergangen.<sup>192</sup> Daher sollte in diesem Fall nicht

---

<sup>188</sup> Hier bezieht sich die Wesentlichkeit eindeutig auf den rechtstheoretischen Ausgangspunkt der Reinen Rechtslehre.

<sup>189</sup> Vgl. Sethy, Andreas: Ermessen und unbestimmte Gesetzesbegriffe. Eine theoretische Untersuchung der Abgrenzung im Verwaltungsrecht, Verband der wissenschaftlichen Gesellschaften Österreichs Verlag Wien 1963. Für das österreichische Recht mit jedoch möglichem rechtsdogmatischen Unterschied vgl. Antonioli, W./Koja, F.: a. a. O.

<sup>190</sup> Pražák, Jiří: *Rakouské právo veřejné (Österreichisches öffentliches Recht)*, I. díl (*I. Teil*), III. svázek (*III. Band*), Praha 1895, § 244.

<sup>191</sup> Pražák, Jiří: a. a. O., S. 342 f.

<sup>192</sup> Pražák, Jiří: a. a. O., S. 343.

von freiem Ermessen, sondern von Schwierigkeiten in der Beurteilung der Tatfrage gesprochen werden. *Pražák* betont, dass der Ausdruck „freies Ermessen“ genausowenig für die Auslegungstätigkeit bei der Beurteilung der Rechtsfrage verwendet werden sollte<sup>193</sup>, da das freie Ermessen im Gegensatz zur „Gebundenheit“ steht.<sup>194</sup>

Wie oben bereits angeklungen, findet sich die – noch eingehender zu betrachtende – Schrankenkonstruktion des Ermessensinstituts über das öffentliche Interesse noch heute in der tschechischen Literatur.<sup>195</sup>

#### cc) Wandel der Begriffsbezeichnung für Verwaltungsermessen

Das tschechische Wort „*uvážení*“ bedeutet in deutscher Übersetzung „Überlegung, Erwägung, Bedenken, Ermessen“, die imperfektive Form „*uvážování*“ wird häufig in der gleichlautenden Pluralform gebraucht für „Erwägungen, Betrachtungen“. Noch deutlicher im sprachlichen Ausdruck wird der sinnende, wägende Charakter des Wortes im Verb „*uvážít*“, das mit „erwägen, bedenken, überlegen, nachdenken, nachsinnen, in Betracht oder Erwägung ziehen“ zu übersetzen ist. Zurückführen lassen sich alle Varianten – einschließlich „*úvaha*“ mit der Bedeutung „Erwägung, Überlegung, Betrachtung, Meditation“ – auf „*váha*“ („Gewicht; Wichtigkeit, Gewicht, Wert“), „*váhy*“ („Waage“) oder „*vážít*“ („wiegen; Gewicht haben; (ab)wägen“; schätzen, würdigen, achten“).<sup>196</sup>

Die ältere tschechische Verwaltungslehre verwendete für Verwaltungsermessen die Bezeichnungen „*volné uvažování*“, „*správní uvažování*“, „*volné uvážení*“.<sup>197</sup>

Die Novelle der Zivilprozessordnung (ZPO) aus dem Jahr 1991 gebrauchte im Zusammenhang mit der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen „*zakonem povolená volná úvaha (správní uvážení)*“<sup>198</sup>, während die Verwaltungsprozessordnung (VwPO), in Kraft seit 1.01.2003, wieder direkt auf die Bezeichnung „*správní uvážení*“<sup>199</sup> zurückgreift.

---

<sup>193</sup> Pražák, Jiří: a. a. O., S. 313 f.

<sup>194</sup> Pražák, Jiří: a. a. O., S. 315. Interessant erscheint – vor dem Hintergrund der Auffassung *Pražáks*, dass freies Ermessen mit juristischer Auslegungstätigkeit und technischem Ermessen im Gegensatz steht – dass er freies Ermessen und freie Beweiswürdigung wiederum mit demselben Ausdruck („*volné uvažování průvodů*“) bezeichnet (vgl. die Feststellung bei Laun, Rudolf von: Das freie Ermessen und seine Grenzen, Franz Deuticke Leipzig und Wien 1910, S. 41).

<sup>195</sup> Z. B. bei Hendrych: a. a. O.

<sup>196</sup> Sämtliche Übersetzungen nach Siebenschein, H.: a. a. O.

<sup>197</sup> Vgl. Skulová, S.: *Správní uvážení (diskreční pravomoc) v kontextu současné veřejné správy* (Das Verwaltungsermessen (Ermessensfreiheit) im Kontext der gegenwärtigen öffentlichen Verwaltung), *Časopis pro právní vědu a praxi*, Jg. 1999, Nr. 2, S. 135.

<sup>198</sup> Vgl. § 245 Absatz 2 Gesetz Nr. 99/1963 Slg. (ZPO), in der Fassung vor der durch das Gesetz Nr. 151/2002 Slg. durchgeführten Novellierung.

In der gegenwärtigen tschechischen Literatur werden im Wesentlichen die Bezeichnungen *správní uvážení* (gelegentlich auch *volná úvaha*) oder als modernerer Ausdruck<sup>200</sup> *diskreční pravomoc*<sup>201</sup> ohne Unterschied in der Bedeutung verwandt.<sup>202</sup> Allenfalls lässt sich ein Betonungsunterschied feststellen, im ersten Fall, dass die Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung auf „freiem Ermessen“ gründet, im zweiten Fall, den Träger der öffentlichen Gewalt hervorhebend, der den durch die Rechtsnorm begründeten Entscheidungsspielraum beherrscht.<sup>203</sup>

Darüber hinaus lässt sich im langfristigen Umgang mit beiden Begrifflichkeiten üblicherweise ein gefestigter Gebrauch des Begriffs „*správní uvážení*“ für den Bereich individueller oder konkreter Rechtsakte (insbesondere also Akte singulärer Rechtssetzung) ausmachen, während der Begriff „*diskreční pravomoc*“ gewöhnlich so aufgefasst wird, dass dieser den Umfang oder den Raum eigenen Ermessens zum Erlass von Rechtsvorschriften im Bereich der öffentlichen Verwaltung (vor allem durch öffentlich-rechtliche Körperschaften) begrenzt.

### c) Verwaltungsermessen in der neueren Rechtsprechung der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit

Im Folgenden ist das Begriffsverständnis von Verwaltungsermessen in der rechtlichen Praxis zu untersuchen.

#### aa) Das Verwaltungsermessen in der neueren Verwaltungsrechtsprechung

##### aaa) Exkurs: Das Verwaltungsermessen in der Judikatur des ehemaligen NSS

(1) Eine der häufigsten Regelungsarten einer Rechtsvorschrift, die dem Verwaltungsorgan die Berechtigung zum Gebrauch des freien Ermessens begründet, ist die Einkleidung des Wortes „kann“ („*může*“) in den dispositiven Teil ihres Textes. Allein die Anführung dieses Wortes im Text der

---

<sup>199</sup> Vgl. § 78 Absatz 1 Satz 2 Gesetz Nr. 150/2002 Slg.

<sup>200</sup> So Skulová, S.: *Správní uvážení (diskreční pravomoc) v kontextu současné veřejné správy* (Das Verwaltungsermessen (Ermessensfreiheit) im Kontext der gegenwärtigen öffentlichen Verwaltung), *Časopis pro právní vědu a praxi*, Jg. 1999, Nr. 2, S. 135.

<sup>201</sup> Dieser Ausdruck ist wohl am ehesten mit Ermessensermächtigung zu übersetzen. Vgl. auch die etymologische Verwandtschaft zum angelsächsischen „discretion“ oder französischen „discrétion“. Schon in der Judikatur des tschechoslowakischen Obersten Verwaltungsgerichts stößt man auf den Begriff „diskreční uvážení“.

<sup>202</sup> So z. B. Hendrych, Dušan a kol. (u. a.): *Správní právo. Obecná část* (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), 4. geänderte und erweiterte Auflage, C. H. Beck, Praha 2001, S. 58 f.

<sup>203</sup> So anschaulich Skulová, S.: a. a. O., S. 16.

Rechtsvorschrift reicht aber wegen des Einflusses der Inkonsequenz der Gesetzestechnik (*legislativní technika*) noch nicht für den Schluss aus, dass das Verwaltungsorgan zu einer Entscheidung nach seinem freien Ermessen ermächtigt würde. Die grammatikalische Auslegung, die nur auf diesen Ausdruck begrenzt wäre, könnte nicht anders klingen, als dieses Wort in der allgemeinen Sprache, d. h. als die Möglichkeit eines bestimmten Handelns begriffen wird.<sup>204</sup> Es muss im Zusammenhang mit dem übrigen Text der Rechtsvorschrift zum Zweck der Klärung beurteilt werden, ob für das Verwaltungsorgan die Berechtigung konstituiert wird, zu entscheiden, ob es auch bei der Feststellung der dem abstrakten Tatbestand der Rechtsnorm korrespondierenden Tatsachen die in der Disposition angeführte Folge anwenden soll oder nicht oder es die Pflicht hat, nach dem Ergebnis der Tatsachenfeststellung eine positive oder negative Entscheidung zu erlassen („kann“ im Sinne von „muss“) und ob sich also für den Verfahrensbeteiligten aus der angewandten Rechtsnorm ein bestimmtes subjektives Recht und ein Anspruch auf Erlass einer Entscheidung bestimmten Inhalts ergibt oder nicht.<sup>205</sup>

(i) In der Sache Boh. A 5712/26 billigte die Verwaltungsbehörde die Vereinbarung nicht, die zwischen dem Jagdgemeindeausschuss und dem bisherigen Jagdgemeindepächter über die Verlängerung der Pacht auf weitere Zeit geschlossen wurde. Sie ging von der Bestimmung des § 29 des damals gültigen mährischen Jagdgesetzes aus, die vorsah, dass „die politische Bezirksverwaltung mit Einwilligung des Jagdausschusses dem bisherigen Pächter die bisherige Pacht für eine künftige Pachtzeit verlängern *kann*“. Das ehemalige NSS wies die eingereichte Beschwerde ab und führte in seinem Erkenntnis unter Anderem an, dass sich aus dieser Vorschrift schließen lässt – wenn auch die übrigen Bestimmungen des Jagdgesetzes nicht eine andere Auslegung bieten – dass weder dem Jagdbezirksausschuss noch den bisherigen Pächtern ein Anspruch auf Verlängerung zusteht und es vielmehr dem Ermessen der politischen Behörde überlassen ist, ob es ihm gegenüber die vorliegende Ermächtigung ausnutzt.

(ii) In der Sache Boh. A 12311/36 entsprach die Verwaltungsbehörde nicht dem Begehren des Beschwerdeführers, dass ihm im Sinne des damals gültigen Gesetzes Nr. 198/1932 Slg. erneut eine Konzession zur unperiodischen Personenbeförderung mit dem Automobil, das er bisher in Betrieb hatte, erteilt wird. Die Bestimmung des § 37 Abs. 2 des zitierten Gesetzes bestimmte, dass „den in diesem Absatz angeführten Gewerbeinhabern die Erteilung der Konzession aus den in den §§ 3, 4 und 6 angeführten Gründen verweigert werden *kann*“. Nach dem Beschwerdeführer überlässt diese Bestimmung dem freien Ermessen der Konzessionsbehörde, ob sie die Konzession verweigern will oder nicht. Das ehemalige NSS folgerte unter Gebrauch eines *argumentum e contrario* (*argumentu z opaku*) die Unrichtigkeit dieser Ansicht mit der Begründung:

„Wenn es in dieser Bestimmung heißt, dass diesen Gewerbeinhabern die Erteilung der Konzession *nur* aus den in §§ 3, 4 und 6 angeführten Gründen verweigert werden *kann*, dann resultiert daraus und aus dem Gegenteil, dass wenn hier ein Hindernis nach §§ 3, 4 und 6 nicht vorliegt, ihnen die

---

<sup>204</sup> Bažil, Z.: a. a. O.

<sup>205</sup> Vgl. dazu bei Sethy, A.: a. a. O., S. 54 mit einem Zitat von Robert Winkler.

Konzession nicht verweigert werden kann, also, dass ihnen die Konzession, wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind, erteilt werden *muss*. Wenn hier aber Hindernisse nach §§ 3, 4 und 6 vorliegen, kann ihnen die Konzession nicht erteilt werden, muss ihnen folglich verweigert werden.“

(2) Ein anderer im Text von Rechtsvorschriften gebrauchter Ausdruck, der im Textzusammenhang geeignet ist, die Befugnis des Verwaltungsorgans zu freiem Ermessen zu begründen, ist das Wort „lässt/kann tun“ („*lze*“).

In der Sache Boh. A 691/41 entsprach die Verwaltungsbehörde nicht dem Begehren des Beschwerdeführers nach Verlängerung der in der wasserrechtlichen Genehmigung bestimmten Frist zur Durchführung der Rekonstruktion einer Turbine, weil es dafür keine Gründe sah. Das ehemalige NSS beschäftigte sich in dieser Sache mit der Auslegung der Bestimmung des § 86 des damals gültigen böhmischen Wassergesetzes Nr. 71/1870 b. Slg.<sup>206</sup>, der bestimmte, dass sich die Frist, in der das genehmigte Werk durchgeführt werden sollte, aus rücksichtswürdigen Gründen verlängern (*z příčin zřetele hodných*)<sup>207</sup> lässt. Das ehemalige NSS konstatierte, dass bereits aus dem Wortlaut des Gesetzestextes „verlängern *lášť*“ („*lze prodloužit*“) ersichtlich ist, dass das Gesetz der Partei, die die Verlängerung der Frist begehrt, einen Rechtsanspruch auf Verlängerung der Frist nicht gibt, sondern diese Entscheidung dem freien Ermessen der wasserrechtlichen Behörde überlässt. Das resultiert aus dem weiteren Wortlaut dieser Bestimmung, dass so „aus rücksichtswürdigen Gründen“ („*z příčin zřetele hodných*“) gehandelt werden kann, denn hierdurch bestimmt das Gesetz auch nicht, welche Gründe als rücksichtswürdige Gründe zugrunde zu legen sind. Das Gesetz überlässt folglich auch diesen Umstand gleichfalls nur dem freien Ermessen der wasserrechtlichen Behörde.

(3) Einige rechtliche Regelungen übertragen dem Verwaltungsorgan die Kompetenz, bei der Entscheidung des konkreten Falles von der allgemeinen rechtlichen Regelung abzuweichen und von ihr Ausnahmen zu bewilligen. Ob eine Ausnahme gewährt werden soll oder nicht, ist nach Ansicht des ehemaligen NSS Sache des freien Ermessens des Verwaltungsorgans, weil die Bestimmung der Rechtsvorschrift über die Genehmigung (*povolení*)<sup>208</sup> der Ausnahme dem Beteiligten kein Recht begründet, dass er die Erteilung der Ausnahme begehren könnte. In diesen Fällen ist die Genehmigung der Ausnahme in der Regel an keine Bedingungen gebunden. Das Verwaltungsorgan muss auch in diesen Fällen das prozessuale Erfordernis einhalten, dass seine Entscheidung von bestimmten, von ihm festgestellten Tatsachen ausgehen soll, die es in der Begründung seiner Entscheidung anzuführen hat.

(i) In der Sache Boh. A 677/40 genehmigte die Verwaltungsbehörde dem Gesuchsteller bauliche Veränderungen in seinem Mietshaus, bestehend in der Ausgestaltung des Souterrains in eine Zweizimmerwohnung, mit der Bedingung, dass die Wohnung durch einen Mauergang von den

<sup>206</sup> b. Slg.=Sammlung böhmischer Gesetze (zbírka zákonů českých)

<sup>207</sup> *příčina*= Ursache, Anlass, (Beweg-)Grund, vgl. Siebenschein, a. a. O., Stichwort „*příčina*“.

<sup>208</sup> *povolení*=Bewilligung, Erlaubnis, Genehmigung (Aleš, Martin: a. a. O., Stichwort „*povolení*“), S. 311.

Kellerräumen abgetrennt wird. Das ehemalige NSS führte bei der Überprüfung der Gesetzmäßigkeit dieser Entscheidung, der in der Beschwerde entgegengehalten wurde, die Genehmigung nach der Erfüllung der vorliegenden Bedingung abzuwägen, an, dass nach § 57 Abs. 1 der damals gültigen Bauordnung für Prag die Errichtung von Wohnungen im Kellergeschoss nur ausnahmsweise unter den in Nr. 1-5 bestimmten Bedingungen genehmigt wird. Diese Bestimmung sah es als Abweichung von der gesetzlichen Regel an, dass die Wohnräume auf dem Niveau des Baugrunds sein sollen.

„Die Entscheidung darüber, ob die Abweichung von der allgemeinen gesetzlichen Bestimmung zugelassen werden kann, fällt in das freie Ermessen der Baubehörde. Der Bauherr hat auf die Genehmigung der Abweichung keinen Rechtsanspruch, geschweige denn hat er dann einen Rechtsanspruch darauf, dass die Bewilligung der Abweichung nur an bestimmte Bedingungen gebunden wird“.

(ii) In der Sache Boh. A 350/40 entsprach die Verwaltungsbehörde nicht dem Gesuch eines Ausländers auf Erlass der formellen Erlaubnis nach der Gewerbeordnung zur Aufnahme und zum Betrieb eines bestimmten Gewerbes auf dem Gebiet der ČSR<sup>209</sup>. Von der formellen Erlaubnis handelte die Gewerbeordnung, deren § 8 lautete:

„Ausländer, die von Staatsseite, dem sie angehören, eine formelle Reziprozität aufweisen, sind den Inländern hinsichtlich der Aufnahme und des Betriebs irgendeines Gewerbes gleichgestellt. Sollten sie die Reziprozitäten nicht nachweisen können, brauchen sie die formelle Erlaubnis von der politischen Landesbehörde.“

Dazu führte das ehemalige NSS aus, dass aus dem Wortlaut dieser Vorschrift resultiert, dass der Mangel des Nachweises der Reziprozität von Staatsseite, dem der Ausländer angehört, der ihn hinsichtlich der Aufnahme und des Betriebs des Gewerbes dem Inländer gleichstellen würde, durch die formelle Erlaubnis der Landesbehörde behoben werden kann. Das Gesetz beinhaltet aber keine Bedingungen, unter denen die Landesbehörde diese Erlaubnis erteilen müsste, auch aus der Natur der Sache und dem Zusammenhang dieser beiden Absätze kann unmöglich gefolgert werden, dass der Gesuchsteller irgendeinen Rechtsanspruch auf diese Erteilung hätte. Umgekehrt ist es notwendig, daraus, dass es sich um eine Ausnahme von der Regel handelt, dass der Ausländer nur bei Nachweis der formellen Reziprozität dem Inländer gleichgestellt ist, zu schließen, dass die Erteilung der erwähnten Erlaubnis im freien, durch nichts begrenzten Ermessen der Behörde liegt. Dann aber konnte durch die Verweigerung der Erlaubnis kein subjektives Recht des Beschwerdeführers verletzt werden.

(iii) In der Sache Boh. A 12726/37 erteilte die Verwaltungsbehörde dem Bewerber einen Dispens nach der Gewerbeordnung zum Verzicht auf das Erfordernis des Vorweises für die Gewerbeausübung benötigter Belege. Das ehemalige NSS entsprach der durch die Gemeinschaft der Zementwaren- und

---

<sup>209</sup> *Československá republika (ČSR)*=Tschechoslowakische Republik.

Kunststeinerzeuger gegen die Entscheidung eingelegten Beschwerde und hob die angefochtene Entscheidung wegen eines Verfahrensfehlers auf. In seinem Erkenntnis führte es aus:

„Soweit es um einen Dispens geht, wägt das Gewerbeamt<sup>210</sup> ihre [eine] Erteilung nicht nach der Erfüllung bestimmter materieller Voraussetzungen ab, sondern überlässt es dem freien Ermessen der Behörde, dass sie nach den Umständen des Falles allein darüber entscheidet, ob eine Ausnahme getätigt werden soll. Die Verwaltungsbehörde muss aber ihr Urteil darüber, dass hier die Ausnahme der besagten Maßregel begründende Umstände vorliegen, auf ein fehlerloses Verfahren gründen und in der Entscheidung anführen, in welchen Umständen es die Ausnahme erblickt.“

(4) Eine besondere Art der Verwaltungsentscheidung, die oft in Normen des Verwaltungsrechts vorkommt, ist die „Erlaubnis“ („*povoleni*“), die das Verwaltungsorgan einem bestimmten Subjekt zur Ausübung irgendeiner Tätigkeit erlässt.<sup>211</sup> Zu diesem Begriff führte das ehemalige NSS aus, dass sich bereits unmittelbar aus ihm ergibt, dass es hier nicht um einen bloßen formellen Akt geht, sondern um eine Willensäußerung und dass es folglich dem Organ der Verwaltung obliegt, allein zu entscheiden, ob es die begehrte Genehmigung erteilt oder nicht. Daher bestimmt das Gesetz auch oft keine Richtlinien, nach denen die Verwaltung bei der Erteilung vorgehen könnte. Die Entscheidung, ob eine solche Genehmigung im konkreten Fall erteilt oder verweigert werden soll, ist also ihrem freien Ermessen überlassen (Boh. A 9943/32, 12421/36).

(5) Die Ermächtigung des Verwaltungsorgans zu einer Entscheidung nach freiem Ermessen kann sich auch aus einer alternativen Regelung der Disposition der Rechtsnorm ergeben.<sup>212</sup>

Mit einem solchen Fall beschäftigte sich das ehemalige NSS in der Sache Boh. A 713/21, in der die Geltendmachung des Wahlrechts durch das Verwaltungsorgan noch durch einen unbestimmten Rechtsbegriff begrenzt wurde. Gegenstand der Überprüfung war die Entscheidung des Verwaltungsorgans über eine Jagdverpachtung, über die das damals gültige Jagdgesetz in § 18 bestimmte, dass

---

<sup>210</sup> Grundsätzlich lassen sich die Begriffe „Amt“ und „Behörde“ synonym verwenden, da nur in deutscher Übersetzung (úřad=Amt, Behörde) ein Unterschied besteht. Vorliegend wird für das neuere Verwaltungs- und bGerberecht die Bezeichnung „Behörde“ als moderner Ausdruck insbesondere für die Rechtsbeziehung Verwaltung – Bürger vorgezogen. Geht es nur um die Bezeichnung der Behörde als Ganzes (eher in einem organisatorischen bzw. organisationsrechtlichen Sinn), so wird auch für das moderne Gewerbeamt – traditionsverbunden - der Begriff „Amt“ gewählt. Im modernen Verwaltungsrecht findet sich aber darüber hinaus - auch gesetzlich verankert (vgl. z. B. in der VwO) - immer noch der eigentlich traditionellere Begriff des Verwaltungsorgans (vgl. Hendrych, D.: a. a. O., Rdnr. 621 ff., 624; auch im deutschen Recht wird der Begriff der „Behörde“ vorgezogen, vgl. Kopp/Ramsauer: VwVfG, 8. Auflage, C. H. Beck 2003, § 1 Rdnr. 4).

<sup>211</sup> Bažil, Z.: a. a. O.

<sup>212</sup> Bažil, Z.: a. a. O.

„dem Jagdausschuss obliegt, dass er die Umstände abwägt, bestimmt, ob das der Gemeinschaft obliegende Jagdrecht verpachtet werden soll oder nicht, und in jenem Fall, ob es aus freier Hand oder in öffentlicher Versteigerung verpachtet werden soll.“

Dazu führte das ehemalige NSS aus, dass

„sich aus der Abwägung der Aufgaben des Jagdausschusses die Auslegung ergibt, dass der Jagdausschuss, er übt die Wahl zwischen den einzelnen Geboten aus, verpflichtet ist, die Umstände gleichermaßen abzuwägen, wie wenn er sich für diese oder jene Art der Pacht entscheidet. Dieser seiner Verpflichtung wird der Jagdausschuss freilich gerecht, wenn es die „gegebenen Umstände“ [„*dané okolnosti*“] gehörig „abwägt“ [„*uváží*“]. Das Gesetz lässt also in dieser Hinsicht dem Ermessen der Behörde freies Feld, das nur insoweit begrenzt wird, dass sie sich bei ihrer Entscheidung nicht von anderen Rücksichten leiten lassen darf als die, die das Gesetz in der Sprache „über die gegebenen Umstände“ [„*o daných okolnostech*“] an Standpunkten hat. Welche Rücksichten es an Standpunkten hat, lässt sich aus dem Gesetzeszweck erkennen.“

Den Zweck dieses Gesetzes legte das ehemalige NSS dann im Erkenntnis Boh. A 13/18-19 aus.

(6) Auch in Fällen, wie sie oben angeführt wurden, in denen das Gesetz dem Verwaltungsorgan die Entscheidung nach freiem Ermessen übertragen hat, und dieses Ermessen in Judikaten als „durch nichts begrenztes“ („*ničím neomezené*“) bezeichnet wurde, bedeutet das keine Ermächtigung zum Ausdruck von Willkür („*projev libovůle*“).<sup>213</sup> Es ist Ausübung der Amtsgewalt („*úřední moc*“), die sich nur in den durch den Gesetzeszweck und die Natur der Sache gegebenen Grenzen bewegen kann. Dieser grundsätzliche Standpunkt kam ausdrücklich in den Judikaten Boh. A 1682/22, 1747/22 zum Ausdruck. Soweit das NSS den Terminus „durch nichts begrenztes freies Ermessen“ („*ničím neomezená volná úvaha*“) verwendete, meinte es damit offenbar auch keineswegs eine absolute Freiheit, sondern eine besondere, genau durch das Gesetz im Text ausgedrückte Begrenzung. Solche Fälle der Limitierung des Ermessens des Verwaltungsorgans werden näher dokumentiert durch die erwähnten Judikate. Dann geht es nicht mehr um freies, sondern gebundenes Ermessen des Verwaltungsorgans.

Fälle gebundenen Ermessens traten im Zusammenhang mit genehmigenden Verwaltungsakten auf, wenn Rechtsvorschriften einerseits den Verwaltungsorganen die Befugnis übertrugen, nach ihrem Ermessen darüber zu entscheiden, ob es die Genehmigung erlässt oder nicht, sie aber den Erlass der positiven Entscheidung an die Erfüllung bestimmter Bedingungen banden.

(i) In der Sache Boh. A 12050/35 genehmigte die Verwaltungsbehörde dem Beschwerdeführer nicht den Gebrauch von Vervielfältigungsmaschinen mit der Begründung, dass hier keine besondere Rücksicht

---

<sup>213</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O.



verdienender Umstand vorliegt, weil die Formblätter, die der Beschwerdeführer zwar in großer Vielzahl benötigt, können durch die existierenden Druckereien angefertigt werden. Das ehemalige NSS wies die Beschwerde wegen Unbegründetheit ab. Es ging vom damals gültigen § 3 des Gesetzes Nr. 118/1912 Rslg.<sup>214</sup> aus, nach dem die Genehmigung nur bei einem besondere Rücksicht verdienenden Umstand erteilt werden durfte. Daraus folgte es dann, dass das Gesetz keine Bestimmung darüber enthält, unter welchen Bedingungen die Behörde eine solche Genehmigung erteilen muss, sondern die Entscheidung darüber dem freien Ermessen des erwähnten Organs der staatlichen Verwaltung überlässt:

„Im Gesetz wird nicht vorgeschrieben, dass die Behörde die Voraussetzungen ihres freien Ermessens auf eine bestimmte Art feststellen soll. Es ist daher Sache der Behörde, dass sie beurteilen soll, welche Umstände und Verhältnisse für die Entscheidung ausschlaggebend sind.“

(ii) In der Sache Boh. A 548/70 erteilte die Verwaltungsbehörde einer bestimmten Firma eine gewerberechtliche Genehmigung zur Herstellung von Walzblechen unter den Bedingungen, dass die Herstellerkapazität nicht erhöht werden soll und dass die neue Walze materialmäßig und maschinell nur auf die Weise ausgestattet sein wird und nur in dem Umfang, wie es die Verwaltungsbehörde bestimmte. Das ehemalige NSS hob die Entscheidung aufgrund der eingereichten Beschwerde auf. Die Bestimmung des § 25 Abs. 1 und 2 des ehemaligen Gesetzes Nr. 131/1936 Slg., über den Staatsschutz, gab der Behörde die Berechtigung, bei der Erlaubnis (*povolání*) und Genehmigung (*schválení*) von für den Staatsschutz wichtigen Betrieben besondere Bedingungen oder Beschränkungen vorzuschreiben, aber schränkte diese Berechtigung dadurch ein, dass die Bedingungen und Beschränkungen die Unterbringung, Herrichtung und Ausstattung (besonders hinsichtlich der Gewährleistung des Betriebs) dieser Betriebe betreffen sollten. Darauf ging die Definition in § 1 des zitierten Gesetzes ein, was unter Staatsschutz zu verstehen ist. Aus diesen Bestimmungen folgte das ehemalige NSS dann, dass die Behörde die im Gesetz spezifizierten Bedingungen und Beschränkungen nur bestimmen kann, soweit sie den Interessen des Staatsschutzes dienen, weil ihr diese Kompetenz nur und ausschließlich zu diesem Zweck gegeben wurde. Wenn es nicht um eine Bedingung oder Beschränkung gehe, die in den Rahmen von § 25 und § 1 fällt, sei nach Ansicht des ehemaligen NSS die Behörde nicht berechtigt, diese aufzuerlegen, auch wenn es – wie im vorliegenden Fall – um ein für den Staatsschutz wichtiges Unternehmen ginge. Aus dem Angeführten folgte dann das ehemalige NSS weiter,

„dass die in § 25 normierte Berechtigung nicht unbegrenzt ist und dass es nicht im freien Ermessen der Behörde liegt, ob sie überhaupt und in welcher Richtung Bedingungen und Beschränkungen bestimmen will, sondern dass sie durch die ausdrücklich in dieser Bestimmung und in § 1 bestimmten Grenzen gebunden ist.“

---

<sup>214</sup> *Říšský zákoník* (Ř.z.)= Reichsgesetzessammlung (Rslg.).

Eine andere Frage ist aber, ob das Verwaltungsorgan, das die Rechtsvorschrift ohne Weiteres zum Erlass der Genehmigung ermächtigt, deren Verwirklichung an die Erfüllung einer Bedingung binden kann, die es selbst bestimmt.<sup>215</sup> Das ehemalige NSS beantwortete diese Frage positiv.

In der Sache Boh. A 10003/32 genehmigte die Verwaltungsbehörde einer Stadt die Veranstaltung kinematographischer Vorstellungen, bei denen sie das Betreiben der kinematographischen Lizenz durch bestimmte Bedingungen gebunden hat. Gegen diese Entscheidung reichte die Stadt Beschwerde zum ehemaligen NSS ein, in der sie gegen einige dieser Bedingungen zu Felde zog. Das NSS wies die Beschwerde ab und führte in seinem Erkenntnis unter Anderem aus, dass nach den einschlägigen Rechtsvorschriften die Erteilung der Genehmigung zu öffentlichen kinematographischen Vorstellungen dem freien, in keiner Richtung begrenzten Ermessen der Behörde überlassen ist. Daraus folgte das NSS dann, dass

„es das Recht der Behörde ist, dass sie – wenn sie sich entscheidet, dem Bewerber die kinematographische Lizenz zu erteilen – die Lizenzen nach ihrem Ermessen durch Nebenbestimmungen begrenzt. Das resultiert aus dem Grundsatz *in maiori minus continetur*. Solche Nebenbestimmungen, wie sie auch immer sein mögen, können den Bewerber nicht in einem Recht verkürzen, das er nicht hat. Natürlich dürfen diese Bedingungen nicht der gültigen Rechtsordnung widersprechen.“

(7) Das ehemalige NSS verzeichnete auch einen Fehler des Verwaltungsorgans im unberechtigten Sich-Aneignen der Befugnis, nach freiem Ermessen zu entscheiden.<sup>216</sup> So geschah es im Fall der Anwendung einer Rechtsnorm mit unbestimmtem Rechtsbegriff. Das Verwaltungsorgan ging, anstatt sich ein Urteil über den Umfang des vorliegenden Begriffes zu bilden und die festgestellten Tatsachen zu bewerten, ob sie der Bedeutung dieses Begriffes entsprechen, so vor, als würde ihm die Berechtigung zukommen, nach freiem Ermessen zu entscheiden. Die Begründung dieser Berechtigung erblickte es dann in der rechtlichen Regelung, nach der ihm als Organ der staatlichen Verwaltung obliegt, das öffentliche Interesse zu verteidigen, und sah dann dieses Interesse als dominierend und es ihm ermöglichend an, nach freiem Ermessen zu entscheiden.

In der Sache Boh. A 1207/44-45 genehmigte die Verwaltungsbehörde durch wasserrechtliche Entscheidung einer Firma die Entnahme von Wasser aus dem Fluss unter bestimmten Bedingungen, besonders unter solchen, dass die Wasserentnahmeberechtigung nur auf bestimmte Zeit eingeräumt ist. Durch diese Entscheidung wurde eine Rechtsvorschrift angewandt, die bestimmte, dass in der Genehmigungsurkunde nach Bedarf besondere Bedingungen bestimmt werden können, die den gemeindlichen Wassergebrauch regeln und gewährleisten, bei dem die Genehmigung auch nur auf begrenzte Zeit oder auf Widerruf erteilt werden kann. Die beklagte Behörde ging von der Ansicht aus, dass sie bei der Verteidigung der öffentlichen Interessen nach freiem Ermessen entscheidet, sodass im vorliegenden Fall kein subjektives

---

<sup>215</sup> So treffend Bažil, Z.: a. a. O.

<sup>216</sup> Bažil, Z.: a. a. O.

Recht des Gesuchstellers durch die zeitlich begrenzte wasserrechtliche Berechtigung verletzt werden konnte. Das ehemalige NSS hob die angefochtene Entscheidung auf und sprach die Rechtsansicht aus, dass

„der Begriff des Bedarfs in der erwähnten Bestimmung nichts Anderes bedeutet, als dass die Behörde die angeführte Bestimmung nur in dem Fall anwenden kann, wenn und soweit das Umstände erfordern und dass sie also berechtigt ist, Bedingungen zu bestimmen und die Zeit nur in dem Fall, wenn das Umstände erfordern, und das nur im Rahmen dieses Bedarfs. Bei der Bestimmung der Bedingungen und der Zeit der Wasserberechtigung kann sie nicht willkürlich vorgehen. Es geht nicht um unbegrenztes Ermessen, sondern ein solches, dessen Grenzen durch den Bedarf gegeben sind.“

(8) Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das ehemalige NSS ein sog. weites Ermessensverständnis zugrunde legte, bei dem auch die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe vom Ermessen umfasst wurden, und sich bei der Überprüfung von auf Grundlage des sog. freien Ermessens erlassenen Verwaltungsentscheidungen von folgenden Gesichtspunkten leiten ließ, die es im Judikat Boh. A 824/2g zum Ausdruck brachte:

Es bestimmte, dass diese Entscheidung nur in der Richtung überprüft werden kann, ob die Verwaltungsbehörde,

- a) nicht die gesetzlichen Grenzen seines freien Ermessens überschritten hat,
- b) nicht vom Zweck abgewichen ist, der ihm durch das Wort oder den Sinn durch das Gesetz festgesetzt wurde,
- c) seine Urteile, zu denen es durch freies Ermessen gelangt ist, auf im Verwaltungsakt den erforderlichen Halt findende Tatsachen begründet hat.

bbb) Das Verwaltungsermessen in der neueren verwaltungsgerichtlichen Judikatur

In der Rechtsprechung der neueren Verwaltungsgerichtsbarkeit zeigt sich im Hinblick auf das Verwaltungsermessen eine enorme Vielzahl von Entscheidungen. In chronologischer Abfolge wird zunächst die Judikatur der praktizierten sog. zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit vor der Wiedererrichtung des NSS behandelt, bevor eine Konzentration auf die Entscheidungstätigkeit des NSS selbst stattfinden soll.

(1) Entscheidungen der sog. zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit vor Wiedererrichtung des NSS

Bereits vor Wiedererrichtung des NSS mit der Aufnahme seiner Tätigkeit ab dem 1.01.2002 ergingen noch in der sog. zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit zahlreiche Entscheidungen zur Thematik des Verwaltungsermessens, aber auch den sog. unbestimmten Rechtsbegriffen.

Zur Abgrenzung von Willkür (*libovůle*) wird in einer Entscheidung<sup>217</sup> ausgeführt, dass das Verwaltungsorgan beim Verwaltungsermessen nicht ganz willkürlich seinen Anfang nehmen kann. Das würde einen Widerspruch zum Charakter der staatlichen Verwaltung als untergesetzliche und durch das Gesetz geordnete Tätigkeit bedeuten. Die Determinierung des Verwaltungsermessens durch das Gesetz bedeutet aber nicht dessen vollständige Negation. Das Gesetz schafft danach Kriterien, nach denen und in deren Rahmen sich die Wahl einschließlich der Auswahl und die Feststellung der Tatsachen des konkreten Falles, die nicht von der Verwaltungsnorm vorausgesetzt werden, sondern durch Ermessen des Verwaltungsorgans als notwendig für die Wahl seiner Entscheidung erkannt werden, verwirklichen kann.

Zur Pflicht der Verwaltungsbehörde zum Ermessensgebrauch führt die zivilrechtliche Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>218</sup> aus:

„Die Kehrseite der Ermessensbefugnis des Verwaltungsorgans ist die Verpflichtung zum Gebrauch des freien Ermessens, sich also mit allen Gesichtspunkten zu befassen, die das Gesetz als Prämisse eines solchen Ermessens festlegt, sich zu diesem Zweck die nötigen Beweismittel zu beschaffen, durch sie die Beweise zu erbringen, aus diesen Beweisen die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen abzuleiten und darauf durch freies Verwaltungsermessen, nichtsdestotrotz unter Beachtung des Sinns und Zwecks des Gesetzes und der Grenzen, die das Gesetz festlegt, unter Einhaltung der Regeln der Logik zu einer Entscheidung zu gelangen. Solch ein Verfahren kann nicht durch eine mathematische Rechnung ersetzt werden, und das auch nicht bei Vorstellung größter Objektivität der Entscheidung, weil bis zur Entscheidung selbst die Bestandteile eintreten müssen, deren mathematische Modellierung unmöglich ist. D. h., dass die Bestandteile des freien Ermessens beispielsweise keine ökonomische Berechnung sein können; ihr Charakter und Zweck werden dennoch wesentlich unterschiedlich sein.“

---

<sup>217</sup> S 3, SP 3/1993.

<sup>218</sup> S 50, SP 5/1994 (Entscheidung des Obergerichts in Prag mit dem Az. 6 A 99/92).

Bereits von der sog. zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde – wohl gerade vor dem Hintergrund des sog. weiten Ermessensverständnisses des ehemaligen NSS – das Verwaltungsermessen nicht immer klar von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen unterschieden. Beispielsweise wurde im Hinblick auf den unbestimmten Rechtsbegriff der gewerberechtlichen Unbescholtenheit (*bezúhonnost*) ausgeführt<sup>219</sup>, dass die Beurteilung, ob der Antragsteller unbescholten ist und folglich die allgemeine Bedingung für den Betrieb eines Gewerbes im Sinne von § 6 Absatz 1 lit. c) des Gewerbegesetzes erfüllt, Sache des Verwaltungsermessens ist; das Gericht überprüft nur, ob das Verwaltungsorgan zur Vollständigkeit die Beweismittel gesammelt hat, aus denen auf die Erfüllung dieser Bedingungen geschlossen werden kann, ob es die Beweise auf gesetzliche Weise erhoben hat und die über diese Frage nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat.

Dagegen ist die Erteilung der Staatsbürgerschaft nach § 7 des damaligen Gesetzes des TNR Nr. 40/1993 Slg. auf Antrag des Bürgers eines ausländischen Staates Ausdruck unbeschränkter staatlicher Souveränität; sie geschieht im Bereich des absoluten freien Ermessens.<sup>220</sup>

Für die Regelung des § 245 Abs. 2 ZPO a. F. wurde entschieden<sup>221</sup>, dass die Bestimmung der Höhe der Geldbuße für das Verwaltungsdelikt Folge des Verwaltungsermessens ist, das im Sinne dieser Vorschrift durch das Gericht überprüfbar ist. Wenn das Gericht beurteilen soll, ob die Entscheidung nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat, genügt es nicht, dass die bestimmte Höhe in dem vom Gesetz zugelassenen Rahmen ist, sie muss auch in der Richtung überprüfbar sein, ob und wie die im Gesetz bestimmten Gesichtspunkte aufgenommen wurden.

Bestandteil des freien Ermessens bei der Entscheidung über die Auferlegung einer Sanktion für das Verwaltungsdelikt kann als objektivierte Grundlage und Ausgangspunkt des Ermessens des Verwaltungsorgans über die Bestimmung der Höhe der Sanktion auch eine mathematisch ausgedrückte Modellsituation oder –berechnung sein. Das freie Ermessen kann aber weder ersetzt noch ausgeschlossen werden.<sup>222</sup>

---

<sup>219</sup> S 128, SP 5/1996.

<sup>220</sup> S 839.

<sup>221</sup> S 112, SP 2/1996.

<sup>222</sup> S 468.

Bereits nur die Tatsache allein, dass die Geldbuße für das Verwaltungsdelikt in einer bestimmten Spanne als relativ unbestimmte Sanktion aufzuerlegen möglich ist, stellt den gesetzlichen Verweis auf den Gebrauch des Verwaltungsermessens dar, bei dem das Verwaltungsorgan nur mit der bloßen technischen Beurteilung der Sache nicht auskommen kann.<sup>223</sup>

Wenn das Verwaltungsorgan sich für die unrechtmäßige Voraussetzung entscheidet, dass es seine gesetzliche Pflicht ist, die Sanktion aufzuerlegen, bestreitet es den gesetzlichen Verweis auf das freie Ermessen. Eine solche Entscheidung überschreitet die Grenzen und Gesichtspunkte des Gesetzes bereits der Natur nach.<sup>224</sup>

Bezüglich des Einwands gegen die Höhe der auferlegten Geldbuße für das Verwaltungsdelikt befasst sich das Gericht<sup>225</sup> damit, ob sich das Verwaltungsorgan beider Instanzen mit der Höhe der Geldbuße in den Gründen seiner Entscheidungen beschäftigt und ausgelegt hat, welche Umstände beim Ermessen über die Höhe der Sanktion in der beurteilten Sache eine Rolle gespielt haben. Der Ausdruck des Einflusses solcher Umstände auf die Höhe der auferlegten Geldbuße ist Sache des „freien Verwaltungsermessens“.

Es ist gesetzwidrig, wenn das sich Verwaltungsorgan im Verfahren über Verwaltungsdelikte als methodische Hilfsmittel für die Bestimmung der Höhe der Geldbuße auch eines internen (Ressort-) „Tarifs“, einen die Sanktion nach dem Charakter deliktischen Handelns erhöhenden Koeffizienten anführend, bedient; dies umso eher, wenn es sich auf einen solchen Tarif als verbindliche Norm in der Entscheidung überhaupt nicht beruft und die Höhe der Geldbuße in der Entscheidung vor allem durch gesetzliche Kriterien begründet.

Enthält das Gesetz keine taxative Aufzählung von Gesichtspunkten, die das Verwaltungsorgan bei der Bestimmung der Höhe der Geldbuße zu berücksichtigen verpflichtet ist, sondern nur eine beispielhafte Aufzählung, wenn es aus einer Reihe möglicher und in Betracht kommender Gesichtspunkte zumindest irgendeinen erwähnt, dann würdigt eine solche rechtliche Regelung das Verwaltungsorgan in der Richtung, dass es sich rechtlich mit diesen gesetzlichen Gesichtspunkten immer beschäftigen muss (aber keineswegs nur mit ihnen), wenn sie es daneben dem Verwaltungsorgan zum Ermessen überlasst, ob es noch weitere, im Gesetz direkt nicht angeführte, außer den für den verhandelten Fall bedeutende

---

<sup>223</sup> S 4513.

<sup>224</sup> S 779.

<sup>225</sup> S 875.

Gesichtspunkte berücksichtigt.<sup>226</sup> Wenn das Verwaltungsorgan sich zur Frage der Höhe der Geldbuße in der Begründung seiner Entscheidung nicht auf die durch das Gesetz geforderte Weise äußert, geht es um Zweifel, die die Aufhebung der durch den Kläger angefochtenen Entscheidung zur Folge haben.

Aufschlussreich ist eine Entscheidung des Obersten Gerichts – damals auch der höchsten Instanz für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, die am 22. Oktober 2001<sup>227</sup> im Rechtsmittelverfahren die Ausgangsentscheidung über die Auferlegung einer Disziplinarmaßnahme nach § 3 Abs. 1 lit. c) des Disziplinalgesetzes (Gesetz Nr. 412/1991 Slg., über die Disziplinarverantwortlichkeit der Richter, im Zusammenhang mit § 27 Abs. 2 Gesetz Nr. 283/1993 Slg., über die Staatsanwaltschaft) bestätigte:

Nach § 245 Abs. 2 ZPO a. F. prüft das Gericht bei Entscheidungen, die das Verwaltungsorgan aufgrund des durch Gesetz gestatteten freien Ermessens („*volná úvaha (správní uvážení)*“), nur, ob eine solche Entscheidung nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat. Die angeführte Bestimmung unterwirft dabei die durch den Gebrauch des freien Ermessens erlassene Entscheidung der gerichtlichen Überprüfung nur im Hinblick auf ihre Gesetzmäßigkeit und das Gesetz ist nicht verletzt, wenn das Verwaltungsorgan das gestattete freie Ermessen verwendet. Es ist nicht Sache des Gerichts, das freie Ermessen der Behörde durch eigenes zu ersetzen oder die Zweckmäßigkeit der erlassenen Entscheidung zu prüfen. Die Bestimmung der einschlägigen Sanktion für das Verwaltungsdelikt ist das Ergebnis des Verwaltungsermessens, dessen Überprüfung sich nach § 245 Abs. 2 ZPO richtet. Wenn das Gericht beurteilen soll, ob die Entscheidung die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat, genügt es nicht, dass die bestimmte Höhe im gesetzlich zugelassenen Rahmen liegt; sie muss auch in der Richtung überprüfbar sein, ob und welche im Gesetz bestimmten Gesichtspunkte in Betracht gezogen wurden. Nach § 3 Abs. 1 des Disziplinalgesetzes können dem Staatsanwalt für ein Disziplinarvergehen nach Gewichtigkeit einige der in dieser Bestimmung angeführten Disziplinarmaßnahmen auferlegt werden. Unter Anderem kann ihm die in der Herabsetzung der Zahlung liegende Disziplinarmaßnahme um bis zu 25 % für die längste Zeit von sechs Monaten (§ 3 Abs. 1 lit. c) des Disziplinalgesetzes) auferlegt werden.

Wenn die Entscheidung also im Rahmen bis zu sechs Monaten bleibt, liegt keine gesetzeswidrige Entscheidung vor. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn eine Art von Disziplinarmaßnahme im Rahmen der gesetzlichen Spanne zur Verletzung des Gesetzes dadurch führen würde, dass die

---

<sup>226</sup> S 949.

<sup>227</sup> 11 Zp 29/2001.

konkrete Bemessung der Maßnahme offensichtlich nicht der Gewichtigkeit des begangenen Disziplinarvergehens entspricht.

## *(2) Entscheidungen des neu errichteten NSS*

In einer Entscheidung vom 24. Oktober 2005<sup>228</sup> verdeutlicht das NSS die Institute des Verwaltungsmessens und der unbestimmten Rechtsbegriffe unter Verweis auf die Literatur:

„Nach dem Wörterbuch des tschechischen Rechts – Madar, Z. und andere, herausgegeben von Linde Praha 2002, 3. Auflage, kommt das Institut des Ermessens [*diskrece*] dann in Betracht, wenn mit der Existenz eines bestimmten Tatbestandes nicht eindeutig eine einzige notwendige Rechtsfolge verbunden ist. Das Verwaltungsmessen kann dabei der Natur der Sache nach sowohl in der Hypothese als auch in der Disposition und letztlich auch in der Sanktion der Norm des Verwaltungsrechts in Betracht kommen. Sei es, dass Normen des Verwaltungsrechts in solchen Fällen damit rechnen, dass das Verwaltungsorgan bestimmte Entscheidungen, beispielsweise eine Genehmigung, erlassen kann, oder zum Erlass einer bestimmten Entscheidung mit mehr ihm möglichen Varianten rechnen. Das Verwaltungsorgan bestimmt dann in einem jeden solchen Fall in den ihm immer durch die einschlägige Norm des Verwaltungsrechts gegebenen Grenzen die konkrete Art der Lösung selbst. Das Institut der sog. unbestimmten Begriffe stellt eine andere Form des Ermessens [*uvážení*] dar und ist folglich kein Verwaltungsmessen [*správní uvážení*] im oben angeführten Sinn. In diesem Fall handelt es sich um eine Situation, wenn die Norm des Verwaltungsrechts einen Ausdruck [*výraz*] verwendet, d. h. einen sog. unbestimmten Begriff, den sie inhaltlich nicht näher definiert und der inhaltlich auch nicht näher durch andere Rechtsnormen definiert wird. Dort, wo das Verwaltungsorgan zu dem Schluss gelangt, dass im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Tatbestand der Inhalt des gegebenen sog. unbestimmten Begriffs erfüllt ist, muss es weiter in der Weise verfahren, die die gegebene Norm des Verwaltungsrechts für eine solche Situation voraussetzt.“

Das NSS kam in einem Urteil vom 20. 10. 2004<sup>229</sup> zu dem Schluss, dass eine überprüfte Entscheidung des Kreisgerichts Pilsen rechtmäßig war, und lehnte daher die Kassationsbeschwerde als unbegründet ab. Das Kreisgericht hob die Berufungsentscheidung der beklagten Polizei der Tschechischen Republik und die Entscheidung des Verwaltungsorgans erster Instanz auf und wies die Sache an die Beklagte zum weiteren Verfahren zurück. In der Begründung verwies es darauf, dass die Bestimmung des § 106 Abs.

---

<sup>228</sup> 4 Azs 62/2005-46.

<sup>229</sup> 1 As 10/2003-58.



1 lit. d) des Dienstgesetzes Verwaltungsermessen mit einem unbestimmten Rechtsbegriff kombiniert; der Polizist kann (Verwaltungsermessen) aus dem Dienstverhältnis entlassen werden, wenn er den Diensteid „in besonders gewichtiger Weise“ („*zvlášť závažným způsobem*“) (unbestimmter Rechtsbegriff) verletzt hat. Zweifel der beiden Verwaltungsorgane sah das Gericht darin, dass sie sich nur auf die Feststellung beschränkten, dass das Klägerhandeln eine Verletzung des Diensteids „in besonders gewichtiger Weise“ darstellt, sie aber nicht anführten, welche Erfordernisse als wesentliche Begriffsmerkmale der Verletzung des Diensteides in der Intensität zugrunde lagen, die die Tatsachen im Verhältnis dazu aufgrund der gesammelten Grundlage für die Entscheidung erwiesen haben, und mit welchen darauf gestützten Erwägungen sie zu dem Schluss kamen, dass das klägerische Handeln eine Verletzung des Diensteides in besonders gewichtiger Weise ist. Nach Auffassung des Kreisgerichts muss auch das rechtliche Umfeld des angeführten unbestimmten Rechtsbegriffes in Betracht gezogen werden, d. h. vorwiegend der weitere Grund der fakultativen Entlassung (*fakultativní propuštění*) aus dem Dienstverhältnis (§ 106 Abs. 1 lit. e)) und der Grund der obligatorischen Entlassung (*obligatorní propuštění*) aus dem Dienstverhältnis nach § 107 Abs. 1 des Dienstgesetzes. Das Kreisgericht schloss damit, dass die Entscheidung der Beklagten wegen des Mangels an Gründen nicht unüberprüfbar ist und es wegen dieses Verfahrensfehlers die angefochtene Entscheidung und aus entsprechenden Gründen auch die Entscheidung des Verwaltungsorgans erster Instanz aufhob.<sup>230</sup>

In einer Entscheidung über den Markenschutz (§ 9 Abs. 1 lit. a) und b) des Gesetzes Nr. 137/1995 Slg., über geschützte Marken) vom 26. Oktober 2006<sup>231</sup> prüfte das NSS das angefochtene Urteil im Umfang der Kassationsbeschwerde und im Rahmen der geltend gemachten Gründe und kam zu dem Schluss, dass die Beschwerde nicht begründet ist. Die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers, dass die eigene Beurteilung der Verwechselbarkeit Sache des freien Ermessens ist, bezeichnete der Kläger als falsch. Die Verwaltungsprozessordnung ermöglicht im Hinblick auf die EMRK die Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen in voller Jurisdiktion (*plná jurisdikce*), d. h. einschließlich der Tatsachenfragen. Mit Rücksicht darauf ist dann für die Überprüfung der angefochtenen Entscheidung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen gänzlich irrelevant. Der Kläger stimmte auch nicht mit dem rechtlichen Schluss überein, dass die Bewertung der Existenz der Wahrscheinlichkeit von Verwechslungen Sache des Verwaltungsermessens wäre, denn eine solche Ermächtigung erkennt das Gesetz dem

---

<sup>230</sup> Vgl. auch 2 As 40/2005-89 (Verletzung der Dienstpflichten wegen Trunkenheit).

<sup>231</sup> 1 As 28/2006-97.

Verwaltungsorgan nicht zu. Der Begriff „Wahrscheinlichkeit von Verwechslungen seitens der Öffentlichkeit“ („*pravděpodobnost záměny na straně veřejnosti*“) ist ein unbestimmter Begriff, dessen Auslegung der Überprüfung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterworfen ist. Das Verwaltungsorgan ist dann nicht nur verpflichtet, unter den Rechtsbegriff einen bestimmten Tatbestand zu subsumieren, sondern auch diesen unbestimmten Rechtsbegriff zu erklären und zu begründen, warum der gegebene Tatbestand gerade unter diesen Begriff fällt.

Am 28. Juni 2005 urteilte das NSS<sup>232</sup> hinsichtlich des Vorgehens bei einer Kombination von Verwaltungsermessen und sog. unbestimmten Rechtsbegriff:

„In diesen Grenzen bewegte sich also das durch das Gesetz begrenzte Verwaltungsermessen [*správní uvážení*] und in diese Richtung richtet sich daher auch die folgende gerichtliche Überprüfung.

Mit anderen Worten ausgedrückt, die zitierte gesetzliche Bestimmung umfasst in sich die Kombination unbestimmter Rechtsbegriffe („Schädigung der Interessen der Teilhaber“, „Drohung der Gefahr im Verzug“) [*poškození zájmů podílníků*“, „*hrozba nebezpečí z prodlení*“] und des Verwaltungsermessens, wenn es bei der inhaltlichen Ausfüllung der erwähnten Begriffe im Ermessen des Verwaltungsorgans (die Beklagte) steht, ob es zur Eröffnung der Zwangsverwaltung schreitet. Wie dazu das Oberste Verwaltungsgericht bereits früher (Urteil vom 9.02.2005, Az.: 5 A 131/2001) judizierte, steht es bei der Anordnung der Zwangsverwaltung in der Beurteilung des Verwaltungsorgans, ob es mit Rücksicht auf alle entscheidenden Tatsachen zu diesem Schritt kommt oder nicht.“ Genauer wird ausgeführt:

„Es geht also bei der Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen um das freie Ermessen [*volné uvážení*] des Verwaltungsorgans. Es ist vor allem am Gericht, zu beurteilen, ob dieses Ermessen von einem ausreichend festgestellten Sachverhalt ausgeht und weiter dann, ob die Erwägungen des Verwaltungsorgans den Grundsätzen der Logik entsprechen und im Einklang auch mit dem Sinn [*smysl*] des betroffenen Gesetzes bzw. mit dem Zweck [*účel*] des damit verfolgten Instituts sind.“

Soweit also in der verhandelten Sache der Kläger im zitierten Schreiben vom 11.07.2000 der Wertpapierkommission mitteilte, dass nach sachverständiger Beurteilung vom Ende des Jahres 1999 der augenblickliche Wert der Forderungen 10 % ihres Nominalwertes darstellt, handelte es sich offensichtlich um einen Fall, in dem der rechtliche Schluss der Beklagten über die Notwendigkeit des Klägers, Berichtigungsansätze zu den gegenständlichen Forderungen zu bilden, begründet war und soweit in dieser Situation die Beklagte zur Auffassung gelangte, dass die Interessen der Teilhaber geschädigt wurden und dass Gefahr im Verzug drohte, bewegte sie

---

<sup>232</sup> 5 A 74/2001-108.

sich vollständig in den Grenzen der zitierten unbestimmten Rechtsbegriffe und auch in den Grenzen des Verwaltungsermessens. Das NSS befand dabei, dass dieses Ermessen von einem ausreichend festgestellten Sachverhalt ausging und die Schlüsse der Beklagten logisch waren und im Einklang mit dem Zweck des Instituts der Zwangsverwaltung. Nur zur Vollständigkeit führt das Gericht an, dass die durch die Klage angefochtene Entscheidung mit der Entscheidungspraxis der Wertpapierkommission in anderen tatsächlich und rechtlich entsprechenden Angelegenheiten (siehe z. B. Rs KSP 48/2001) konsistent war, sodass auch eine Verletzung des Erfordernisses der Vorhersehbarkeit [*předvidatelnost*] der Verwaltungsentscheidung unmöglich festgestellt werden kann.

Soweit also der Kläger einwendet, dass die Bildung von Berichtigungsansätzen einen objektiven und subjektiven Aspekt darstellt und dass die Ergebnisse der gegenständlichen sachverständlichen Beurteilung sich auf November 1999 beziehen und nicht auf Juli 2000, bei der es in der Zwischenzeit zu einer wesentlichen Änderung der auf dem Forderungsanerkennnis durch den Schuldner beruhenden Umstände gekommen ist, ist es notwendig zu wiederholen, dass der erwähnte Schuldner nicht der einzige war und dass eine reale Bedrohung der Schädigung der Interessen der übrigen Teilhaber in der entscheidenden Zeit tatsächlich existierte. Zur verwendeten Formel für die Berechnung der minimalen Höhe der Berichtigungsansätze präzisiert das Gericht, dass es sich nicht um einen Beweis handelt, wie die Beklagte in der Äußerung zur Klage unrichtig behauptet, sondern um den praktischen Ausdruck des Verwaltungsermessens, wenn aufgrund der tatsächlichen Feststellungen die Beklagte eine bestimmte Berechnung durchführte, d. h. eine intellektuelle Operation, die die Ergebnisse dieser tatsächlichen Feststellungen berücksichtigte, und auf dem Grundriss ihres Ergebnisses zur Wahl des rechtlichen Mittels (d. h. zur Eröffnung der Zwangsverwaltung) schreitete. Das Gericht, dieses Ermessen respektierend, sah daher keinen Grund, die Ergebnisse der gegenständlichen Berechnung irgendwie zu bezweifeln. Aus dem gleichen Grund stellt das NSS fest, dass es in der Situation, wenn es an den Verfahrensbeteiligten untereinander daran ist, dass sich die Zahl der gekauften Anteilsscheine in der entscheidenden Zeit zwischen 0,5 % bis 0,73 % ihrer Gesamtzahl bewegte, was 5 bis 7 % der Anteilsscheine im Besitz der Kleinanleger repräsentierte, d. h. eine Abschöpfung von 10 bis 14 % der verfügbaren Mittel, primär Sache des Verwaltungsorgans ist, zu beurteilen, ob diese Tatsache die durch den oben zitierten gesetzlichen Begriff „Schädigung der Interessen der Teilhaber“, gegebenenfalls „Drohung der Gefahr in Verzug“ vorausgesetzte Intensität erreicht. Die Auslegung der Beklagten in dieser Richtung fand das Gericht überzeugend und logisch, stellte folglich in den angefochtenen Entscheidungen keine Merkmale der Willkür (*libovůle*) fest. Daher beurteilte es auch diesen klägerischen Einwand als unbegründet.

Am 30. November 2005<sup>233</sup> entgegnete das NSS zur Frage der durch den Beschwerdeführer eingewandten Nichterteilung des humanitären Asyls, dass auch in diesem Sinne für die Erteilung die gesetzlichen Bedingungen nicht erfüllt sind. Nach § 14 des Asylgesetzes, wenn im Verfahren über die Erteilung des Asyls kein Grund für die Erteilung des Asyls nach § 12 festgestellt wird, „kann“ („*lze*“) in einem „besonders rücksichtswürdigen Fall“ („*případ hodný zvláštního zřetele*“) das Asyl aus einem humanitären Grund erteilt werden. Das Institut des humanitären Asyls beruht auf der Kombination des unbestimmten Rechtsbegriffs (*neurčitý právní pojem*) „besonders rücksichtswürdiger Fall“ und dem Verwaltungsermessen (*správní uvážení*), das die eigentliche Entscheidung des Verwaltungsorgans darstellt und durch die Wörter „kann humanitäres Asyl erteilt werden“ („*lze udělit humanitární azyl*“) ausgedrückt wird. Der Grad der Freiheit dieser Entscheidung des Verwaltungsorgans ist dann nur durch das Willkürverbot (*zákaz libovůle*) begrenzt, das sich für die Organe der öffentlichen Gewalt allgemein aus den verfassungsmäßig verankerten Erfordernissen des demokratischen Rechtsstaat ergibt. Wie sich aus den Verwaltungsakten ergibt, prüfte der Beklagte, ob in seinem Fall nicht Gründe für die Erteilung humanitären Asyls gegeben waren und kam zu dem Schluss, dass dem nicht so ist. Die Erteilung des Asyls steht im freien Ermessen des zuständigen Verwaltungsorgans und die Entscheidung darüber überprüft das Gericht nur in begrenztem Umfang. Weil der Beklagte sowohl die persönliche Situation des Beschwerdeführers als auch den Zustand in seiner Heimat feststellte und beurteilte, und soweit es daraus selbst kein Grund für die Erteilung humanitären Asyls ableitete, liegt eine solche Entscheidung in der Ermächtigung, besonders wenn der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren auch keine „besonders rücksichtswürdigen Gründe“ („*důvody hodné zvláštního zřetele*“) für die Erteilung humanitären Asyls selbst anführte. Im gegebenen Fall kann dem Beklagten unmöglich vorgeworfen werden, dass er feststellte, dass er keine Gründe für die Asylerteilung sah, denn ein solcher Grund war hier nicht gegeben.

„Das auf der Entscheidungswahl, das Asyl aus einem humanitären Grund zu erteilen, beruhende Verwaltungsermessen des Beklagten überschritt nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte, war im Einklang mit den Regeln des logischen Urteilens und die Prämissen eines solchen Urteils wurden in einem ordnungsgemäßen prozessualen Verfahren festgestellt.“

Es kann folglich unmöglich von einem willkürlichen Herantreten des Verwaltungsorgans gesprochen werden. Auch ist dem Kreisgericht nichts vorzuwerfen, das durch den Umfang

---

<sup>233</sup> 1 Azs 16/2005-56.

der Klage gebunden war, ihr Inhalt wurde gänzlich erschöpft. In diesen Grenzen, in denen die gerichtliche Überprüfung die Nichterteilung des humanitären Asyls durchgeführt werden sollte, wurde sie durch das Kreisgericht ordnungsgemäß und in angemessenen Umfang durchgeführt. Wenn dann seitens des Beklagten keine Willkür festgestellt wurde, ging das Kreisgericht ganz rechtmäßig vor, wenn es in seiner Überprüfung nicht weiter in das Verwaltungsermessen des Beklagten über die alleinige Frage, ob im Fall des Beschwerdeführers besonders rücksichtswürdige Gründe gegeben waren, eingriff und diese Überprüfung nur auf prozessuale Fragen richtete:

„Aufgabe des Gerichts in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist nämlich allgemein die Überprüfung im Hinblick auf die Gesetzmäßigkeit [*zákonnost*], wenn auch in sog. voller Jurisdiktion [*plná jurisdikce*], und das freie Ermessen [*volné uvážení*] bei der Entscheidung über die Erteilung des Asyls aus humanitären Gründen nach den Umständen der konkreten Angelegenheit ist dem Beklagten vorbehalten.“<sup>234</sup>

---

<sup>234</sup> Vgl. auch 7 Azs 20/2003-44, 3 Azs 50/2004-56, 3 Azs 59/2004-49; 1 Azs 67/2004-54, 5 Azs 235/2004-49, 5 Azs 302/2004-63, 5 Azs 313/2004-49, 5 Azs 327/2004-44, 4 Azs 334/2004-68, 3 Azs 458/2004-37, 4 Azs 524/2004-49, 6 Azs 24/2005-46, 5 Azs 31/2005-76, 5 Azs 32/2005-50, 5 Azs 55/2005-85, 7 Azs 84/2005-48, 8 Azs 85/2005-101, 2 Azs 127/2005-58, 8 Azs 128/2005-54, 5 Azs 163/2005-45, 5 Azs 167/2005-45, 5 Azs 196/2005-48, 5 Azs 200/2005-65, 5 Azs 243/2005-63, 5 Azs 262/2005-47, 5 Azs 284/2005-94, 4 Azs 422/2005-76, 5 Azs 31/2006-60, 7 Azs 45/2006-130, 7 Azs 88/2006-63, 7 Azs 127/2006-52, 7 Azs 134/2006-89 und 7 Azs 135/2006-111 (jeweils unter Klarstellung, dass auf die Asylerteilung kein Rechtsanspruch bzw. subjektives Recht besteht) sowie 1 Azs 196/2004-46, 1 Azs 224/2004-44, 4 Azs 232/2004-78, 1 Azs 239/2004-55, 1 Azs 240/2004-58, 1 Azs 251/2004-74; 1 Azs 253/2004-41, 2 Azs 393/2004-43, 2 Azs 429/2004-43 und 4 Azs 100/2005-55 (jeweils unter knapper Ansprache einer Ermessensüberschreitung wegen Nichtberücksichtigung einer Gesetzesnovelle); 5 Azs 60/2004-52, 5 Azs 105/2004-72, 5 Azs 170/2004-72, 6 Azs 205/2004-86, 5 Azs 215/2004-75, 5 Azs 239/2004-70, 5 Azs 255/2004-51, 1 Azs 266/2004-43, 5 Azs 276/2004-53, 3 Azs 296/2004-54, 6 Azs 308/2004-48, 5 Azs 316/2004-37, 7 Azs 317/2004-68, 5 Azs 319/2004-55, 5 Azs 320/2004-39, 5 Azs 325/2004-40, 5 Azs 334/2004-52, 5 Azs 336/2004-43, 5 Azs 339/2004-40, 5 Azs 349/2004-62, 6 Azs 345/2004-57, 7 Azs 351/2004-50, 5 Azs 351/2004-74, 5 Azs 353/2004-43, 5 Azs 355/2004-42, 5 Azs 360/2004-78, 5 Azs 362/2004-56, 5 Azs 370/2004-62, 5 Azs 374/2004-58, 5 Azs 383/2004-61, 6 Azs 392/2004-49, 3 Azs 413/2004-40, 6 Azs 417/2004-53, 6 Azs 476/2004-46, 4 Azs 530/2004-67, 4 Azs 16/2005-54, 8 Azs 19/2005-130, 5 Azs 30/2005-51, 1 Azs 34/2005-47, 5 Azs 35/2005-126, 5 Azs 36/2005-142, 2 Azs 41/2005-48, 3 Azs 43/2005-62, 5 Azs 47/2005-54, 3 Azs 49/2005-53, 7 Azs 56/2005-52, 5 Azs 59/2005-39, 4 Azs 62/2005-46, 6 Azs 64/2005-62, 7 Azs 79/2005-52, 3 Azs 79/2005-61, 7 Azs 80/2005-40, 5 Azs 87/2005-43, 5 Azs 91/2005-47, 6 Azs 98/2005-86, 1 Azs 102/2005-57, 5 Azs 104/2005-44, 1 Azs 112/2005-51, 7 Azs 114/2005-61, 7 Azs 116/2005-47, 2 Azs 116/2005-49, 5 Azs 116/2005-58, 5 Azs 120/2005-60, 6 Azs 122/2005-46, 7 Azs 124/2005-43, 8 Azs 127/2005-75, 2 Azs 128/2005-50, 8 Azs 133/2005-35, 5 Azs 135/2005-41, 5 Azs 138/2005-43, 5 Azs 139/2005-45, 2 Azs 143/2005-43, 5 Azs 143/2005-51, 7 Azs 145/2005-41, 8 Azs 155/2005-44, 5 Azs 159/2005-62, 7 Azs 163/2005-51, 8 Azs 165/2005-61, 5 Azs 171/2005-113, 7 Azs 176/2005-40, 1 Azs 178/2005-52, 8 Azs 179/2005-38, 1 Azs 183/2005-53, 8 Azs 188/2005-53, 5 Azs 190/2005-51, 7 Azs 190/2005-70, 8 Azs 195/2005-66, 8 Azs 196/2005-34, 8 Azs 197/2005-40, 6 Azs 199/2005-45, 6 Azs 208/2005-60, 5 Azs 211/2005-48, 3 Azs 228/2005-54, 5 Azs 229/2005-98, 7 Azs 241/2005-42, 5 Azs 254/2005-59, 7 Azs 255/2005-54, 4 Azs 264/2005-68, 5 Azs 279/2005-72, 5 Azs 298/2005-53, 5 Azs 300/2005-42, 5 Azs 301/2005-44, 5 Azs 305/2005-53, 5 Azs 322/2005-77, 5 Azs 3/2006-52, 5 Azs 4/2006-49, 5 Azs 7/2006-46, 5 Azs 14/2006-69, 5 Azs 15/2006-83, 8 Azs 23/2006-44, 5 Azs 46/2006-91, 5 Azs 62/2006-51, 5 Azs 75/2006-51, 8 Azs 82/2006-50, 5 Azs 111/2006-62, 7 Azs 120/2006-38 und 6 Azs 131/2006-46. Vgl. allgemein zum Verwaltungsermessen im Asylrecht Žitná, Eva: *Správní uvážení v řízení o azylu (Das Verwaltungsermessen im Asylverfahren)*, Masarykova universita Brno 2005.

In einer Kartellsache<sup>235</sup> befasste sich das NSS ebenfalls mit dem Verwaltungsermessen. Das Gericht führte aus, dass im modernen Rechtsstaat die Möglichkeit eines unbegrenzten freien Ermessens abgelehnt wird. Bei der Anwendung des § 21 Absatz 1 a. F. des Gesetzes über den wirtschaftlichen Wettbewerb (Kartellgesetz) ist es unerlässlich, sich den Inhalt dieser Bestimmung im Hinblick auf die Möglichkeiten zu verdeutlichen, die sich dem Verwaltungsorgan bieten. Diese Rechtsnorm selbst nämlich beinhaltet eine Kombination eines unbestimmten Rechtsbegriffes (*neurčitý právní pojem*) und des Verwaltungsermessens (*správní uvážení*). Der unbestimmte Rechtsbegriff, vorliegend repräsentiert durch die „wesentliche Berührung“ („*podstatné dotčení*“) von Rechten und Pflichten, kann unmöglich inhaltlich hinreichend genau definiert werden und seine Anwendung hängt von der Beurteilung in jedem Einzelfall ab. Unter dieses Institut fallen typischerweise z. B. „öffentliches Interesse (*veřejný zájem*)“<sup>236</sup> oder öffentliche Ordnung (*veřejný pořádek*)“<sup>237</sup>. Der Gesetzgeber bildet dabei einen Raum (*prostor*) für die öffentliche Verwaltung, um zu bewerten, ob die konkrete Situation in den Umfang eines gewissen unbestimmten Rechtsbegriffes fällt oder nicht. Freilich bringt die Ausfüllung des Inhalts des unbestimmten Rechtsbegriffes dann die Verpflichtung des Organs mit sich, auf die Weise zu entscheiden, die die Norm vorsieht:

„Bei der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe richtet sich das Ermessen (*uvážení*) auf den konkreten Tatbestand und seine Bewertung. Demgegenüber ist beim Verwaltungsermessen (*správní uvážení*) das Ermessen an der Art des Gebrauchs der Rechtsfolge (z. B. das Verbot einer bestimmten Tätigkeit auszusprechen) orientiert.“<sup>238</sup>

<sup>235</sup> 2 A 11/2002-227, vor der Wirksamkeit der grundlegenden Novellierung des Gesetzes Nr. 143/2001 Slg. Vgl. auch allgemein zum Verwaltungsermessen auf dem Gebiet des Kartellrechts Vondráčková, Natálie: *Správní uvážení v činnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže* (Das Verwaltungsermessen in der Betätigung des Amtes zum Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs), Masarykova univerzita Brno 2003.

<sup>236</sup> Vgl. z. B. zu diesem unbestimmten Rechtsbegriff 5 As 11/2003-66, 4 As 20/2003-75 und 4 As 22/2003-75.

<sup>237</sup> Vgl. knapp zu beiden unbestimmten Rechtsbegriffen 5 As 29/2003-68, 5 Azs 105/2004-72, 5 Azs 170/2004-72, 5 Azs 319/2004-55, 5 Azs 336/2004-43, 5 Azs 349/2004-62, 5 Azs 351/2004-74, 5 Azs 353/2004-43, 5 Azs 355/2004-42, 5 Azs 360/2004-78, 5 Azs 370/2004-62, 5 Azs 30/2005-51, 5 Azs 36/2005-142, 5 Azs 116/2005-58, 5 Azs 143/2005-51, 5 Azs 159/2005-62, 5 Azs 171/2005-113, 5 Azs 190/2005-51, 5 Azs 196/2005-48, 5 Azs 229/2005-98, 5 Azs 254/2005-59, 5 Azs 279/2005-72, 5 Azs 298/2005-53, 5 Azs 301/2005-44, 5 Azs 3/2006-52, 5 Azs 15/2006-83 und 5 Azs 75/2006-51.

<sup>238</sup> Vgl. auch die bereits erwähnten Entscheidungen 7 A 109/2002-58, 5 As 11/2003-66, 5 As 29/2003-68, 5 Azs 105/2004-72, 5 Azs 170/2004-72, 4 Azs 232/2004-78, 3 Azs 296/2004-54, 5 Azs 319/2004-55, 5 Azs 336/2004-43, 5 Azs 349/2004-62, 7 Azs 351/2004-50, 5 Azs 351/2004-74, 5 Azs 353/2004-43, 5 Azs 355/2004-42, 5 Azs 360/2004-78, 5 Azs 370/2004-62, 3 Azs 413/2004-40, 5 Azs 30/2005-51, 5 Azs 35/2005-126, 5 Azs 36/2005-142, 4 Azs 62/2005-46, 6 Azs 75/2005-46, 4 Azs 100/2005-55, 5 Azs 116/2005-58, 5 Azs 135/2005-41, 5 Azs 143/2005-51, 5 Azs 159/2005-62, 5 Azs 171/2005-113, 5 Azs 190/2005-51, 5 Azs 196/2005-48, 5 Azs 229/2005-98, 5 Azs 254/2005-59, 5 Azs 279/2005-72, 5 Azs 298/2005-53, 5 Azs 301/2005-44, 5 Azs 3/2006-52, 5 Azs 15/2006-83 und 5 Azs 75/2006-51 sowie im Hinblick auf eine EG-Verordnung mit unbestimmtem Rechtsbegriff 4 As 24/2006-85.

Das Gesetz verleiht freien Raum zu einer Entscheidung in Grenzen, die es bestimmt. Dieser Raum pflegt auf verschiedene Weise ausgedrückt zu werden, z. B. durch alternative Entscheidungsmöglichkeiten dadurch, dass es im Ermessen des Verwaltungsorgans steht, wie es mit diesen Möglichkeiten umgeht, oder durch eine gewisse Formulierung („*může, lze*“) etc.; mit der Existenz eines bestimmten Tatbestands ist nicht eindeutig eine einzige Rechtsfolge verbunden. Die Regelung kann auch gerade mit unbestimmten Begriffen kombiniert werden, die die Ermessensermächtigung (*diskreční pravomoc*) in der Regel begrenzen (das Organ kann (*může*) dem Antragsteller entsprechen, wenn dafür „gewichtige Gründe“ („*závažné důvody*“) vorliegen).<sup>239</sup> Im gegenständlichen Paragraphen entspricht dann diese Kombination des unbestimmten Rechtsbegriffes und des Verwaltungsermessens der Diktion „[...] kann die Stellung des Verfahrensbeteiligten auch der Person zuerkennen, dessen Rechte und Pflichten durch die Entscheidung [...] wesentlich berührt werden können“ („[...] *může přiznat postavení účastníka řízení i osobě, jejíž práva nebo povinnosti mohou být rozhodnutím [...] podstatně dotčeny*“). Das Verwaltungsermessen selbst unterliegt der Überprüfung des Gerichts nur in der Richtung, ob es nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat, ob es im Einklang ist mit den Regeln des logischen Urteilens und ob die Prämissen eines solchen Urteils in einem ordnungsgemäßen prozessualen Verfahren festgestellt wurden; bei Erfüllung dieser Voraussetzungen ist das allgemeine Gericht nicht befugt, aus denselben Tatsachen andere oder gerade gegenteilige Schlüsse abzuleiten. Es ist folglich ein akzeptabler Schluss der Beklagten, dass in der Tat ein Verfahren über die Rechte, Ansprüche bzw. Pflichten der Kläger nicht geführt wurde; die Wettbewerbsinteressen können betroffen sein, aber die klägerischen Rechte oder Pflichten können durch eine meritorische Entscheidung des Amtes für den Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs (*Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*) auch nicht in der Sache wesentlich berührt werden. Das beklagte Amt ging in seiner Entscheidung über das Zuerkennen der Stellung des Verfahrensbeteiligten vom ordnungsgemäß festgestellten Zustand aus und beurteilte im Rahmen seiner ihm durch das Gesetz (§ 21 Absatz Satz 2) übertragenen Ermessensermächtigung (*diskreční pravomoc*) und in den Grenzen des Verwaltungsermessens die Sache so, dass die Stellung des Verfahrensbeteiligten dem Kläger nicht zuerkannte. Eine solche Entscheidung liegt vollständig in seiner Ermächtigung und das Gericht sieht im Hinblick auf die obigen Ausführungen keine Gesetzeswidrigkeit einer derartigen Entscheidung. Aufgrund der Eindeutigkeit des Einzelfalles kann daher unmöglich die angebotene vergleichende Methode als Ausgangspunkt für die Beurteilung der

---

<sup>239</sup> Vgl. auch 5 Azs 11/2005-52.

Gesetzmäßigkeit des Herantretens des beklagten Verwaltungsorgans beim Gebrauch der Ermessensbefugnis (*dikreční oprávnění*) angenommen werden.<sup>240</sup>

Als charakteristisches Merkmal des unbestimmten Rechtsbegriffs sieht es das NSS an, dass bei seiner Interpretation nur eine einzige Lösung rechtmäßig ist:

„In diesem Punkt ist es notwendig, mit der Ansicht des Obersten Verwaltungsgerichts bei der Interpretation dieser Norm diesen unbestimmten Rechtsbegriff im Maß der allgemeinen Auffassung als einer einzigen möglichen Lösung einzuhalten [...]“<sup>241</sup>

Hinsichtlich des unbestimmten Rechtsbegriffs führt das NSS in einer Entscheidung vom 28. Juli 2005<sup>242</sup> aus:

„Der Beklagte nutze die Bestimmung des § 23 Absatz 10 des Gesetzes über Einkommensteuern aus, die gänzlich unbestimmt ist, denn nirgends wird definiert, was die „Kürzung der Steuer auf andere Weise“ (*„zkrácení daně jiným způsobem“*) ist; diese Weise kann im Wesentlichen was auch immer bedeuten. Der Beschwerdeführer räumt ein, dass die gegebene Sache kompliziert ist, gerade deshalb kann er sich mit ihr aber unmöglich nur auf theoretisch-rechtlicher Ebene beschäftigen, sondern konsequent auf der Ebene ökonomisch-rechtlicher Analyse im Rahmen aller Argumente, die jedoch durch den Beklagten und dann auch durch das Gericht aus dem Kontext hervorgebracht wurden. Der Beklagte bestimmte durch sein Herantreten im Wesentlichen dem Beschwerdeführer die Pflicht mittels Hilfsmittel, obwohl für ein solches Vorgehen keine Bedingungen gegeben waren. Im Hinblick auf das oben Angeführte fordert der Beschwerdeführer, dass das Oberste Verwaltungsgericht das angefochtene Urteil des Kreisgerichts aufhebt und ihm die Sache zum weiteren Verfahren zurückverweist.

Der in der zitierten Bestimmung *in fine* verwendete Begriff „Kürzung der Steuer auf andere Weise“ fällt in die Kategorie der sog. unbestimmten Rechtsbegriffe (*neurčitě právní pojmy*); ihre Definition ist wegen ihrer Beschaffenheit selbst in Rechtsvorschriften nicht angemessen, letztlich auch nicht möglich. Unbestimmte Rechtsbegriffe erfassen Erscheinungen oder Tatsachen, die erfolgreich ganz genau zu definieren unmöglich ist; ihr Inhalt und Umfang kann sich ändern, oftmals pflegt er durch Zeit und Ort der Normanwendung bedingt zu sein. Bei der Interpretation

---

<sup>240</sup> Vgl. auch 2 A 20/2002-80 (ebenfalls zu § 21 Absatz 1 des Kartellgesetzes) sowie 2 A 12/2002-503 und 2 A 13/2002-424 (u. a. jeweils zur Höhe der Bemessung einer Geldbuße im Rahmen des Verwaltungsermessens).

<sup>241</sup> 5 Afs 59/2005-96.

<sup>242</sup> 5 Afs 151/2004-73 (hinsichtlich des Verwaltungsermessens unter Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR: „z. B. Kruslin gegen Francii, 1990: „In den Fällen, wenn die Rechtsvorschrift das Organ der öffentlichen Gewalt zum Ermessen berechtigt, müssen der Umfang und die Modalitäten der Ausübung eines derartigen Ermessens mit ausreichender Klarheit mit Rücksicht auf das gegebene legitime Ziel definiert und dem Einzelnen entsprechender Schutz gegen Willkür (*libovůle*) und Eigenwillen (*svévole*) verliehen werden.“



des unbestimmten Rechtsbegriffes muss sich das Verwaltungsorgan mit dem konkreten Tatbestand beschäftigen, sowie auch mit den übrigen Umständen des Falles, bei denen selbst es zumindest den Rahmen des Inhalts und der Bedeutung des verwendeten unbestimmten Begriffes erläutern muss, und zwar in der Hinsicht, ob sich die beurteilte Sache in den durch den Umfang des unbestimmten Begriffes gebildeten Rahmen einordnen lässt. Daher muss sich die Feststellung, ob es im gegebenen Fall zur Steuerkürzung kommt, von der Bewertung aller Umstände des konkreten Falles entwickeln, aus denen der Steuerverwalter den Schluss zieht, ob der gegebene Begriff erfüllt ist oder nicht. Der Gesetzgeber gibt durch den Gebrauch unbestimmter Rechtsbegriffe dem die Rechtsvorschrift anwendenden Organ Raum, zu beurteilen, ob die konkrete Situation in den Umfang des unbestimmten Begriffes gehört oder nicht. Zugleich aber achtet er darauf, dass im Gesetz zumindest einige charakteristische Merkmale angeführt werden, gegebenenfalls ermöglicht er, dies in einer Ausführungsvorschrift zu tun.<sup>243</sup>

Das NSS beurteilte im Zusammenhang mit dem oben Angeführten, ob sich die Bestimmung des § 23 Absatz 10 des Gesetzes Nr. 586/1992 Slg. unter Gebrauch der Interpretationsregeln auslegen lässt, so, dass es möglich ist, darunter den Fall des Beschwerdeführers zu subsumieren. Es kam zu dem Schluss, dass die zitierte Bestimmung *in fine* durch ihre Uneindeutigkeit und Unbestimmtheit einen Raum (*prostor*) für eine Interpretation und Anwendung ermöglicht, die in ihren Folgen die Möglichkeit des Eigenwillens (*svévole*) nicht ausschließt. In einem solchen Fall, wenn die rechtliche Regelung durch ihre Uneindeutigkeit einige mögliche Auslegungen und Zugänge ermöglicht, kann unmöglich beim Vollzug der öffentlichen Verwaltung unter Beachtung des Art. 2 Absatz 3 der Verfassung eine solche Auslegung angewendet werden, die zulasten des Bürgers (*in dubio mitius*) geht.

Zu den Begründungsanforderungen bei der Auferlegung einer Geldbuße für ein Verwaltungsdelikt entschied das NSS<sup>244</sup>:

„Allgemein gilt nämlich, dass die Höhe der auferlegten Geldbuße Ergebnis des Verwaltungsermessens [*správní uvážení*] ist, das durch das Gericht in dem in der Bestimmung des § 78 Absatz 1 [eigentlich wohl Absatz 2] VwPO angeführten Umfang überprüfbar ist. Das Verwaltungsorgan muss daher in der Begründung seiner Entscheidung erläutern, aufgrund welcher Erwägungen es die Höhe der Geldbuße bestimmt und welche Kriterien es sich für diese

---

<sup>243</sup> Vgl. dazu auch 6 A 118/2001-44 unter Verweis auf die Rechtsprechung des ehemaligen NSS (Boh. A 435/20).

<sup>244</sup> 3 Ads 21/2004-55.

Erwägungen festgelegt hat. Das Bedürfnis einer solchen Erwägung in der Begründung der Entscheidung über die Geldbuße erscheint um so dringlicher, als das Gesetz selbst weder Grenzen noch Kriterien für die Bestimmung der Höhe der Geldbuße regelt. Das NSS fügt diesem Schluss hinzu, dass sich das Gericht mit den Fragen des Einklangs der Rechtsvorschrift mit der Verfassungsordnung der Tschechischen Republik und der Überprüfbarkeit der Verwaltungsentscheidung *ex officio* beschäftigt, ohne dass sie durch die Beteiligten eingeführt werden müssten.“

Beispiele für das Verwaltungsermessen allgemeine begrenzende Kriterien bei der Auferlegung einer Geldbuße werden in einer Entscheidung des NSS vom 15. April 2005<sup>245</sup> in einer Zollsache genannt. Als unbegründet sah das NSS dabei auch den Einwand des Beschwerdeführers an, dass die angefochtene Entscheidung des Beklagten aus dem Grund nicht überprüfbar wäre, dass es nicht klar wäre, von welchen konkreten Erwägungen sich die Zollbehörde bei der Bestimmung der Höhe der Geldbuße in der angefochtenen Entscheidung hat leiten lassen, wie es einzelne Umstände des Falles bewertete, und zwar jeden besonders auch in ihren Zusammenhängen, in welchem Rahmen sich ihre Entscheidung bewegte, und warum sie dem Kläger eine Geldbuße gerade in dieser Höhe auferlegte:

„Die Bestimmung § 299 des Zollgesetzes definiert keine genauen Kriterien für die Bestimmung der Geldbuße, deshalb ist es notwendig, von den allgemeinen Beschränkungen auszugehen, durch die das Verwaltungsorgan bei seinem Ermessen (*uvážení*) begrenzt ist, wie dem Prinzip der Nichtdiskriminierung (*princip nediskriminace*), dem Prinzip der Angemessenheit des Regresses (*princip adekvátnosti postihu*), die Berücksichtigung des Verschuldensgrades (*zohlednění míry zavinění*) usä.“<sup>246</sup>

Das NSS geht auch beim Verwaltungsermessen von einer Bindung an elementare Prinzipien der Verwaltungsentscheidung (*elementární principy správního rozhodování*) aus, wie z. B. in entsprechenden Fällen entsprechend zu entscheiden.<sup>247</sup>

Es wird vom NSS klar betont, dass unbestimmte Rechtsbegriffe grundsätzlich der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit unterliegen.<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> 4 Afs 6/2004-81. Vgl. ebenfalls 4 Afs 19/2004-78.

<sup>246</sup> Vgl. auch allgemein zu in Frage kommenden expliziten bzw. immanenten Verfassungsprinzipien unter der für das NSS üblichen Betonung des Freiraum (autonomie) der Verwaltung sowohl beim Verwaltungsermessen als auch bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe 2 Afs 159/2005-43.

<sup>247</sup> 8 As 5/2005-53.

<sup>248</sup> Vgl. z. B. 7 A 151/2000-127.

Aufschlussreich hinsichtlich einer Ausnahme von diesem Grundsatz ist aber eine Entscheidung vom 7. Juni 2006<sup>249</sup>, in der es um die Bestimmung des § 7 Absatz 7 der Lizenzordnung (*licenční řád*) der Tschechischen Ärztekammer ging, die die Beschwerdeführerin – die Tschechische Ärztekammer (České lékařské komory) – berechtigt, nach vorläufiger Äußerung der zuständigen Bezirksversammlung der Tschechischen Ärztekammer beim Erlass der Bescheinigung für die Ausübung der Funktion des Leitenden Arztes und primär in einer gesundheitlichen Einrichtung im Bereich der Psychiatrie (osvědčení pro výkon funkce vedoucího lékaře a primáře ve zdravotnickém zařízení v oboru psychiatrie) eine Ausnahme nur „in außerordentlichen begründeten Fällen“ („v mimořádných odůvodněných případech“) zu erteilen. In dieser Entscheidung werden nämlich auch die Überlegungen hinsichtlich der Grenzen der Überprüfung des Verwaltungsermessens auf den unbestimmten Rechtsbegriff übertragen:

„Auf die Erteilung der Ausnahme besteht also kein Anspruch und der Vorsitzende der Tschechischen Ärztekammer entscheidet darüber aufgrund von Verwaltungsermessens [*správní uvažování*]. Das Gericht bemerkt in diesem Zusammenhang, dass nach gefestigter Rechtsprechung die gerichtliche Überprüfung des Verwaltungsermessens ausdrücklich begrenzt ist, sie beschränkt sich nur darauf, ob das Ermessen nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat, oder es im Einklang mit den Regeln logischer Erwägungen ist und ob die Prämissen eines solchen Urteils in einem ordnungsgemäßen prozessualen Verfahren festgestellt wurden. Ausgehend von diesen Grenzen, beurteilte das Kreisgericht die Entscheidung der Beschwerdeführerin und befand, dass sie nicht ausreichend Grundlagen für die Entscheidung über die Erteilung oder Nichterteilung der Ausnahme hatte. Mit Empfehlung der Bezirksversammlung der Tschechischen Ärztekammer setzte sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander, entschied über die Nichterteilung der Ausnahme, ohne dass sie im Einklang mit dem Wortlaut der zitierten Bestimmung des § 7 Absatz 7 der Lizenzordnung die Nachprüfung des Klägers vor der Bereichskommission des wissenschaftlichen Rates ermöglichte, und entbehrte allgemein in der Begründung der Bezeichnung der Entscheidungsgrundlagen, der Spezifikation der Erwägungen, durch die sie bei der Bewertung der Beweise und bei der Anwendung der Rechtsvorschriften geleitet wurde. Sie [die Entscheidung] beinhaltet nur das allgemeine Zitat der Bestimmung des § 7 Absatz 7 der Lizenzordnung damit, dass die Bedingungen für die Erteilung der Ausnahme des Klägers nicht erfüllt. Aus diesem Grund bezeichnete das Kreisgericht die Entscheidung der Beklagten als

---

<sup>249</sup> 6 Ads 51/2005-52.

unüberprüfbar, hob die Entscheidung auf und wies die Sache der Beschwerdeführerin zum weiteren Verfahren zurück. [...]

Die Beschwerdeführerin wandte die Gesetzeswidrigkeit des angefochtenen Urteils aus dem Grund ein, dass das Gericht nach ihrer Auffassung ihre Entscheidung unrichtig als unüberprüfbar bezeichnete und begründet seine Auffassung mit den Gründen, die oben zitiert wurden. Das Oberste Verwaltungsgericht unterzog daher die rechtlichen Schlüsse des Kreisgerichts hinsichtlich der Natur der angefochtenen Entscheidung der Beklagten in Bezug auf den Begriff des Verwaltungsermessens und der Bedingungen von dessen Überprüfung in der gegebenen konkreten Sache seiner Prüfung.

In erster Linie stellt das Oberste Verwaltungsgericht fest, dass es sich dem Schluss des Kreisgerichts anschließt, dass es im Fall der Entscheidung nach der Bestimmung des § 7 Absatz 7 der Lizenzordnung um eine Entscheidung im Rahmen des sog. Verwaltungsermessens [*správní uvážení*] geht. Das Kreisgericht verweist ebenfalls richtig auf die bereits traditionelle Judikatur, wonach die gerichtliche Überprüfung des Verwaltungsermessens des Organs der öffentlichen Verwaltung darauf beschränkt ist, ob das Ermessen nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat, ob es im Einklang mit den Regeln logischer Erwägungen ist und ob die Prämissen eines solchen Urteils in einem ordnungsgemäßen prozessualen Verfahren festgestellt wurden. Dem fügte das Oberste Verwaltungsgericht hinzu, dass die Bestimmung des § 7 Absatz 7 der Lizenzordnung nicht nur dem Vorsitzenden der Tschechischen Ärztekammer die Entscheidung aufgrund von Verwaltungsermessens (ausgedrückt durch den Wortlaut „ist befugt, eine Ausnahme zu erteilen“ [„*je oprávněno udělit výjimku*“]) überträgt, sondern kombiniert diese Ermächtigung mit dem unbestimmten Rechtsbegriff [*neurčitý právní pojem*] „außerordentlich begründete Fälle“ [„*mimořádně odůvodněné případy*“].

„Über den unbestimmten Rechtsbegriff gilt dann im bedeutenden Maße das entsprechend, was über die Grenzen der Überprüfung des Verwaltungsermessens gesagt wurde.“

In diesem Zusammenhang muss das Oberste Verwaltungsgericht daran erinnern, dass bei der Anwendung des Verwaltungsermessens und des unbestimmten Rechtsbegriffes unmöglich Willkür [*libovůle*] zugelassen werden kann, mit anderen Worten, die Ermessensbefugnis [*diskreční oprávnění*] ist kein autonomer Raum [*autonomní prostor*] der Verwaltungsbehörde, in dem sie durch nichts begrenzt wäre und einen von nicht überprüfbaren und zufälligen Prozessen ausgehenden Willen geltend machen könnte. Das ganz freie Ermessen [*volná úvaha*] bei der Rechtsanwendung ist kennzeichnend für den autonomen Willen der Privatrechtssubjekte, keineswegs für ein Organ der öffentlichen Verwaltung (vgl. Knapp, V.: *Teorie práva*, C.H.Beck, Praha 1995, Rdn. 451). Die gegenteilige Auffassung würde dem Verfassungsprinzip der Gebundenheit der öffentlichen Verwaltung durch das Gesetz [*ústavní princip vázanosti veřejné správy zákonem*], wie es in den Bestimmungen der Art. 2 Absatz 3 der Verfassung oder Art. 2

Absatz 2 der Urkunde der Grundrechte und –freiheiten widersprechen. Dieses Prinzip gilt auch für die Beschwerdeführerin. [...]

An die Ablehnung von Willkür bei der Anwendung von Verwaltungsermessen und des unbestimmten Rechtsbegriffes knüpft ebenfalls die bereits feste Judikatur durch Definition formal-inhaltlicher Kriterien an, durch die sie sich zum Prozess der Entscheidungsbildung im Rahmen des Verwaltungsermessens positiv äußert. An dieser Stelle fordert das Oberste Verwaltungsgericht, sich als unerlässlich besonders die Entscheidung des Obergerichts in Prag in der Sache mit dem Az. 6 A 99/92 ins Gedächtnis zu rufen... [...] <sup>250</sup>

Daraus ergibt sich vor allem der Schluss, dass das Verwaltungsermessen auf Tatsachenumstände reagiert und dass die erlassene Entscheidung diesen Sachverhalt, aus dem sich das Verwaltungsermessen bemisst, in der gleichen Qualität festzustellen [hat] wie irgendeinen anderen Tatsachenumstand im Verfahren, d. h. es [das Verwaltungsorgan] ist verpflichtet, den Sachverhalt festzustellen und sich zu diesem Zweck die notwendigen Grundlagen für die Entscheidung zu beschaffen.

Soweit die erlassene Entscheidung für den Bereich der Anwendung des Verwaltungsermessens das geforderte Maß der im Verfahren erhobenen Tatsachenfeststellungen und der diesem entsprechenden Schlüsse [beinhaltet, begründet dies], ebenfalls nach gefestigter Judikatur, die Unüberprüfbarkeit (dazu siehe z. B. das Urteil des Obergerichts in Prag vom 25.9.1998, Gz. 6 A 85/96-24).

Geht man von diesen vorläufigen Erwägungen aus, muss das Oberste Verwaltungsgericht konstatieren, dass das Kreisgericht in seiner Entscheidung zurecht darauf verweist, dass die Beschwerdeführerin ihrer aus der Anwendung des Verwaltungsermessens fließenden Verpflichtung nicht nachkam. Bereits die erwähnte Bestimmung des § 7 Absatz 7 der Lizenzordnung definiert als grundlegende Bande des Verwaltungsermessens [*správní úvaha*] in der Angelegenheit der Erteilung einer Ausnahme von den Lizenzbedingungen einen dreifachen Tatsachenumstand: a) den außerordentlich begründeten Fall [*mimořádně odůvodněný případ*], b) die (positive) Äußerung des Vorsitzenden der Bezirksversammlung der Tschechischen Ärztekammer und c) die Nachprüfung vor der Fachkommission des wissenschaftlichen Rates der Kammer, bei der letztlich die benannte Grenze überschritten werden kann, wenn es um einen besonders rücksichtswürdigen Fall [*případ hodný zvláštního zřetele*] geht. Die Erfüllung dieser Tatsachenumstände ist dann Gegenstand der Beweisführung der Beschwerdeführerin, keineswegs des Gesuchstellers nach der Ausnahme, denn dem ist durch die Rechtsvorschrift (ebenfalls die Lizenzordnung) nur auferlegt, das Verlangen nach der Erteilung der Lizenz mit taxativ definierten Anlagen vorzulegen (§ 3 der Lizenzordnung). Aus der Entscheidung der Beschwerdeführerin, die durch das angefochtene Urteil des Kreisgerichts aufgehoben wurde, ist aber nicht irgendein Versuch von Tatsachenfeststellungen ersichtlich und ist auch kein Prozess

---

<sup>250</sup> Die entscheidenden Passagen dieser Entscheidung wurden bereits bei der sog. zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit aufgeführt (unter (1)).

ihrer zutreffenden Bewertung im Rahmen der oben definierten Grenzen der Bestimmung der § 7 Absatz 7 der Lizenzordnung. Eine solche Situation kann freilich unmöglich anders als der Exzess vom Verwaltungsermessen bewertet werden, dessen Ergebnis eine unüberprüfbare Entscheidung ist.

Zum Schluss bemerkt das Oberste Verwaltungsgericht, dass keinesfalls der in der Kassationsbeschwerde beinhalten Einwand der Beschwerdeführerin akzeptiert werden kann, dass danach unmöglich rechtmäßig gefordert werden kann, ihre Entscheidungen über die Anwendung der ganz außerordentlichen Institute detailliert zu begründen. Gerade umgekehrt. Gerade wegen dieser Außerordentlichkeit, der Unfasslichkeit des unbestimmten Rechtsbegriffes, der das bedeutende Kriterium für eine positive oder negative Entscheidung über das öffentlich-subjektive Recht darstellt und den die Beschwerdeführerin mit verständlichem Inhalt ausfüllen muss, ist es notwendig, auf eine ordnungsgemäße Begründung der Entscheidung zu bestehen. Es kann unmöglich die Situation zugelassen werden, dass die Organe der öffentlichen Verwaltung ausreichend Gründe bis zu dem Moment für ihre Entscheidungen suchen werden, wenn sie Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung werden.

Aus den oben angeführten Gründen kam folglich das Oberste Verwaltungsgericht zu dem Schluss, dass die Kassationsbeschwerde nicht begründet ist und sie daher abwies (§ 110 Absatz 1 VwPO).“

Einen deutlichen Unterschied zwischen Verwaltungsermessen (*správní uvážení*) und freier Beweiswürdigung (*volné hodnocení důkazů*)<sup>251</sup> macht das NSS in einer kapitalmarktrechtlichen Entscheidung vom 4. 2. 2004<sup>252</sup>, der ein Streit um die Nichterfüllung der „sachlichen, persönlichen und organisatorischen Voraussetzungen zur Tätigkeit des Händlers mit Wertpapieren“ („*věcné, personální a organizační předpoklady k činnosti obchodníka s cennými papíry*“) des irrig eine aufgrund von Verwaltungsermessen ergangene Aufhebungsentscheidung der Wertpapierkommission anfechtenden Klägers zugrunde lag.

Allerdings wird der Begriff des Ermessens (*úvaha*) vom NSS auch durchaus im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung verwendet:

---

<sup>251</sup> Vgl. dazu § 34 Absatz 5 VwO a. F.:

„Das Verwaltungsorgan bewertet die Beweise nach seinem Ermessen, und zwar jeden Beweis einzeln und alle Beweise im gegenseitigen Zusammenhang.“ (Správní orgán hodnotí důkazy podle své úvahy, a to každý důkaz jednotlivě a všechny důkazy v jejich vzájemné souvislosti.)

<sup>252</sup> 6 A 15/2000-63. So auch unter Hinweis auf die Verwechslung des Beschwerdeführers von Verwaltungsermessen mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung in 6 As 44/2003-73 (allerdings spricht das NSS selbst vom Verwaltungsermessen, das z. B. bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in Betracht kommt mit der Bewertung der Beweise, die vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung beherrscht ist (*správní uvážení, které přichází v úvahu při výkladu neurčitých právních pojmů s hodnocením důkazů, jež je ovládáno zásadou volného hodnocení důkazů*)).

„Das Gericht war im vorangehenden Verfahren nicht mehr befugt, das Herantreten des Verwaltungsorgans bei der Bewertung der Beweise nach der Bestimmung (des § 2 Absatz 3 des Gesetzes über die Steuer- und Abgabenverwaltung) zu überprüfen, denn das Gericht kann durch sein Ermessen (*úvaha*) nicht das Ermessen des Verwaltungsorgans ersetzen<sup>253</sup> und aus den erhobenen Beweisen andere Schlüsse und andere rechtliche Feststellungen ableiten. Das Gericht kann nur beurteilen, ob das Verwaltungsorgan bei der Bewertung der Beweise den Tatbestand der Sache in ausreichender und gesetzmäßiger Weise festgestellt hat, ob die rechtliche Feststellung, die es auf diese Weise aus dem festgestellten Tatbestand abgeleitet hat, nicht zu diesem Tatbestand im Widerspruch steht. Die Bewertung der Beweise liegt in der ausschließlichen Befugnis des Verwaltungsorgans, bei der dieses die Beweise nach seinem Ermessen (*úvaha*) bewertet, wenn die Grenzen des Ermessens (*uvážení*) durch die Bestimmung (des § 2 Absatz 3 des Gesetzes Nr. 337/1992 Slg.) gegeben sind.“<sup>254</sup>

#### bb) Das Verwaltungsermessen in der Verfassungsrechtsprechung

Noch zur alten Rechtslage der Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Zivilprozessordnung befand das Verfassungsgericht<sup>255</sup> hinsichtlich des Begriffs „einfacher Fall“ (*„jednoduchý případ“*), der das Gericht über die Klage gegen die Entscheidung des Verwaltungsorgans ohne Verhandlung zu entscheiden berechtigt (§ 250 f ZPO a. F.), dass es notwendig ist, diesen so auszulegen, dass eine Verhandlung nicht notwendig dort anzuberaumen ist, wo zur Entscheidung über die Sache eine ausreichende Tatsachengrundlage bereits in den Verwaltungsakten angesammelt wird, und es vor allem nur um die Beurteilung einer Rechtsfrage geht. In der verhandelten Sache schloss das Verwaltungsorgan auf den Mangel der Zuverlässigkeit (*spolehlivost*) des Beschwerdeführers, als einer besonderen Bedingung des Betriebs eines Konzessionsgewerbes nach § 27 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 455/1991 Slg., über die Gewerbeausübung (Gewerbegesetz), in der damaligen Fassung, in erster Linie von seiner Beziehung zur Erfüllung der gesetzlichen Pflichten, die der Beschwerdeführer insbesondere dadurch verletzt, dass er auch nach Ablauf der Zeit, für die ihm die Konzessionsurkunde erteilt wurde, unberechtigt unternehmerisch tätig ist.<sup>256</sup> Gerade in der Tatsache des beharrenden unberechtigten Unternehmens des Beschwerdeführers steckt der Kern des ganzen Problems, denn der Beschwerdeführer beruft sich einerseits auf Art. 26

---

<sup>253</sup> Vgl. dazu 6 Azs 75/2005-46.

<sup>254</sup> 3 Afs 12/2003-277. Vgl. auch 5 Afs 151/2004-73, 5 Afs 40/2005-72, 5 Afs 41/2005-66, 5 Afs 44/2005-58, 5 Afs 50/2005-66 und 5 Afs 78/2005-58.

<sup>255</sup> IV. ÚS 128/94.

<sup>256</sup> IV. ÚS 128/94, Seite 1.

Absatz 1 der Urkunde der Grundrechte und Grundfreiheiten, der ihm das Recht zu unternehmen (*svoboda podnikat* - Unternehmerfreiheit) garantiert, er tut dies aber in einer Situation, in der er selbst nicht die für die Ausübung dieses Rechts bestimmten Bedingungen nach Art. 26 Absatz 2 der Urkunde beachtet. Das Verwaltungsermessen (*správní uvážení*) überschritt daher nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte (§ 245 Absatz 2 ZPO a. F.).<sup>257</sup> Bereits das Prager Stadtgericht identifizierte sich mit diesem Verwaltungsermessen und legte überdies Betonung darauf, dass der Beschwerdeführer das Gewerbegesetz gerade in der Zeit der Entscheidung über sein Gesuch verletzt und dass die Erwägungen (*úvahy*) über die Ablehnung des Erlasses der Konzession in der Zukunft und auf Dauer für diese konkrete Entscheidung ohne Bedeutung sind. In der verhandelten Sache widersprechen die Schlussfolgerungen der Verwaltungsorgane über die Erfüllung der Bedingungen der Zuverlässigkeit des Beschwerdeführers im Sinne des § 27 Absatz 2 des Gewerbegesetzes dem Sinn und Zweck (*smysl a účel*) dieser Bestimmung nicht – der Beschwerdeführer ist nämlich weiterhin unberechtigt unternehmerisch tätig – und auch nicht den Regeln logischer Erwägungen, sodass der umgekehrte Schluss einen unzulässigen Eingriff in das freie Verwaltungsermessen (*volné správní uvážení*) darstellen würde.<sup>258</sup> Aufgrund der oben genannten Widersprüchlichkeit im Verhalten des Beschwerdeführers gelangte das Prager Stadtgericht nach Auffassung des Verfassungsgerichts zurecht zu dem Schluss, dass das Verwaltungsermessen die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte nicht überschritt.<sup>259</sup>

In der Entscheidung vom 24. Oktober 1995<sup>260</sup> in Sachen Steuern und Gebühren (*Daně a poplatky*) führte das Verfassungsgericht über die Vereinbarkeit einer Bestimmung des Gesetzes Nr. 260/1994 Slg., über Verbrauchersteuern, die den Begriff einer kleinen unabhängigen Brauerei (*málý nezávislý pivovar*) im Hinblick auf die Anwendung eines besonderen, geringeren Steuersatzes charakterisierte, mit dem Gleichheitsgrundsatz (*zásada rovnosti*) der Verfassung unter Berufung auf eine ältere Plenarentscheidung<sup>261</sup> aus, dass die relative Gleichheit, wie sie die moderne Verfassung begreift, nur die Beseitigung

---

<sup>257</sup> Zur verfassungsmäßig zulässigen gesetzlichen allgemeinen Beschränkung der Berufs- und Unternehmerfreiheit wegen Sicherheitsrisiken durch Verwaltungsermessen vgl. Pl. ÚS 11/00.

<sup>258</sup> IV. ÚS 128/94, Seite 2.

<sup>259</sup> Zu einer Überschreitung der Grenzen des Verwaltungsermessen wegen Verletzung von Eigentumsrechten und Geltendmachung von Restitutionsansprüchen vgl. zur alten Rechtslage IV. ÚS 92/97.

<sup>260</sup> Pl. ÚS 3/95.

<sup>261</sup> Pl. ÚS 22/92, Nr. 11/1992 Slg. der Beschlüsse und Erkenntnisse des Verfassungsgerichts.



unbegründeter Unterschiede verlangt.<sup>262</sup> Spezielle Normen können für bestimmte Bereiche besondere Gleichheitskriterien bestimmen, die nicht aus dem allgemeinen Prinzip fließen, weil durch die Anwendung des Grundsatzes der Gleichheit die Grenzen (*meze*) nicht so genau bestimmt werden, dass irgendein freies Ermessen (*volné uvážení*) derjenigen ausgeschlossen wäre, die sie anwenden. Im Bereich der Steuern ist es notwendig zu fordern, dass das gesetzgebende Organ seiner Entscheidung objektive und rationale Kriterien zugrunde legt.

Im Hinblick auf die in Art. II Punkt 5 des Gesetzes Nr. 260/1994 Slg. enthaltene Ermächtigung zum Erlass einer Durchführungsvorschrift durch das zuständige Ministerium erfüllte das Gesetz nach dem *Minderheitsvotum* die grundlegenden Bedingungen hinreichender Bestimmtheit. Praktisch ging es ihm nur mehr um die nähere Konkretisierung des Begriffes der Unabhängigkeit (*nezávislost*) als eines der im Gesetz angeführten Merkmale.<sup>263</sup> Dazu wird angeführt, dass es eine Vielzahl von Vorschriften gibt, die relativ abstrakte Hypothesen enthalten, also Rechtstatsachen, mit denen die Entstehung, Änderung oder das Erlöschen von Rechtsverhältnissen verbunden ist, die in der Disposition geregelt sind, die bestimmt, wem und welche Rechte und Pflichten entstehen, wenn die in der Hypothese angeführten Tatsachen eintreten. Die *dissenting vote* führt aus, dass manchmal in der Fachliteratur in diesem Zusammenhang von sog. relativ unbestimmten Begriffen (*relativně neurčité pojmy*) gesprochen wird, von denen die Rechtsordnung reichlich durchdrungen ist, und beginnt mit der Verfassung. Die Auslegung (*vyklad*) unterliegt den geläufigen Interpretationsregeln. Im Rahmen des hierarchischen Aufbaus der Rechtsordnung kommt es dann zum Verfahren, in dem sich die rechtlichen Pflichten bis zum Erlass einschlägiger individueller Rechtsakte (Entscheidungen) konkretisieren. Nach Art. 79 Absatz 3 der Verfassung können Ministerien aufgrund und in den Grenzen des Gesetzes Rechtsvorschriften erlassen, wenn sie dazu durch das Gesetz ermächtigt sind. Das ist im vorliegenden Fall im Einklang mit der Verfassung geschehen. Als in einer logisch entsprechenden rechtlichen Situation analysierte bereits Hoetzel<sup>264</sup>, dass es nicht möglich ist, die Wendung „in seinen Grenzen“ („*v jeho mezích*“), d. h. in den Grenzen des Gesetzes, so auszulegen, dass jedes Gesetz der ausübenden Gewalt bestimmte Grenzen abstecken müsste. Diese Wörter bedeuten nur soviel, dass die Verordnung (im zugrundeliegenden Fall eine Verordnung (*vyhláška*) des Ministeriums)<sup>265</sup> an die Richtlinien

---

<sup>262</sup> Pl. ÚS 3/95, Seite 3. Zum relativen Begriffsverständnis des Gleichheitssatzes vgl. auch Pl. ÚS 38/02. Zum Gleichheitssatz und Verwaltungsermessen in einer Steuerangelegenheit vgl. auch Pl. ÚS 8/98.

<sup>263</sup> Pl. ÚS 3/95, Seite 6.

<sup>264</sup> Hoetzel, J.: a. a. O., S. 55.

<sup>265</sup> Vgl. zum Unterschied zwischen Verordnung (*vyhláška*) nach Art. 79 Abs. 3 der Verfassung, die nicht mit der Verkündung, Kund- bzw. Bekanntmachung (*vyhlášení*) und der Mitteilung (*sdělení*) ohne Rechtsvorschriftencharakter zu verwechseln ist, Hendrych, D.: a. a. O., Rdnr. 664, S. 401; vgl. auch Zářecký, P.: K právní povaze opatření ústředních správních úřadů a České národní banky. Pocta Vladimíru Mikule k 65. narozeninám. ASPI Praha 2002, S. 303. Rechtstheoretisch werden *vyhlášky* durch den Begriff *nařízení* repräsentiert, der in der tschechischen Verwaltungsrechtstheorie nicht ganz unumstritten ist vgl. Hendrych, D.: a. a. O., Rdnr. 87 ff., S. 63 ff., Rdnr. 161 ff., S. 104 ff. m. w. N.

halten muss, die im Gesetz vorgegeben sind, d. h. wenn sie dort vorgegeben sind. Wie *Hoetzel* zutreffend bemerkt, spricht auch diese Erwägung für eine solche Auslegung: Wenn das Gesetz die Verwaltungsbehörde ermächtigen kann, dass sie konkrete Verwaltungsakte ganz nach freiem Ermessen (*volné uvážení*) erlässt, kann unmöglich gefolgert werden, warum das Gesetz eine solche Ermächtigung nicht zur Schaffung irgendwelcher Verordnungen geben könnte, die als abstrakte Normen größere Gewährleistungen von Objektivität und Rechtmäßigkeit geben als konkrete, auf bestimmte Personen zugeschnittene Akte. Die Autoren des abweichenden Standpunkts (*odlišné stanovisko*) identifizieren sich mit der logischen angeführten Auslegung im verhandelten Fall auch in diesem Aspekt und gelangen zur Ansicht, dass die angefochtene Bestimmung des Gesetzes nicht verfassungswidrig ist.<sup>266</sup>

Nach einer Entscheidung des IV. Senats vom 10. Oktober 1996<sup>267</sup>, dass das im Fall in § 5 Absatz 3 der Kundmachung des Bundesministeriums der Finanzen Nr. 193/1989 Slg., durch die das Gesetz über die Einkommensteuer ausgeführt wird, angeführte ausgewählte Kriterium die Attribute der „Geeignetheit“ („*vhodnost*“) beinhalten muss, d. h. letztere ermöglichen muss, dass die in der Bestimmung des § 2 des Gesetzes des TNR<sup>268</sup> Nr. 337/1992 Slg., über die Steuer- und Abgabenverwaltung, bestimmten grundlegenden Grundsätze des Steuerverfahrens eingehalten werden, ermöglicht erst die Feststellung der Geeignetheit des verwendeten Kriteriums die Beurteilung der Frage, ob das Verwaltungsermessen (*správní uvážení*) die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat (§ 245 Absatz 2 ZPO a. F.). Sofern das verwendete Kriterium offensichtlich die Grenzen der sog. Geeignetheit überschreitet, gerät das Verwaltungsermessen in Widerspruch zum Gesetz.<sup>269</sup> Wie das Verfassungsgericht weiter aus dem Inhalt der aufgehobenen Entscheidung des Prager Stadtgerichts feststellte, konstatierte dieses Gericht im angefochtenen Urteil, dass die Bestimmung des konkreten Kriteriums Sache des Verwaltungsermessens des Verwaltungsorgans ist, sodass das Gericht nur überprüft, ob dieses Ermessen nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat.<sup>270</sup> Nach Auffassung dieses Gerichts hat das Verwaltungsorgan im vorliegenden Fall die Grenzen und Gesichtspunkte des Gesetzes beachtet, denn gerade das ausgewählte Kriterium ermöglicht die Feststellung des verhältnismäßigen Teils der zur Erlangung und Feststellung der zu versteuernden Bezüge nötigen Aufwände. Der Beschwerdeführer behauptete aber bereits im Verfahren vor den Verwaltungsorganen und in der Klage auf Überprüfung der Entscheidung

---

<sup>266</sup> Pl. ÚS 3/95, Seite 6.

<sup>267</sup> IV. ÚS 116/96.

<sup>268</sup> Česká národní rada (ČNR)=Tschechischer Nationalrat (TNR).

<sup>269</sup> IV. ÚS 116/96, Seite 2.

<sup>270</sup> IV. ÚS 116/96, Seite 3.

des Verwaltungsorgans, was nunmehr auch in der Verfassungsbeschwerde wiederholt wird, dass das durch das Verwaltungsorgan ausgewählte Kriterium offensichtlich die Grenzen der sogenannten durch das Gesetz bestimmten „Geeignetheit“ („*vhodnost*“) überschreitet und dass daher das Verwaltungsermessen in der verhandelten Sache auch in Widerspruch zum Gesetz gerät. Nach Absatz 1 der in Frage stehenden Gesetzesbestimmung handelt bei der Steuerverwaltung der Steuerverwalter im Steuerverfahren im Einklang mit dem Gesetz und anderen allgemein verbindlichen Rechtsvorschriften, schützt die Interessen des Staates (*zájmy státu*) und achtet dabei auf Erhaltung der Rechte und durch das Recht geschützte Interessen der Steuersubjekte und anderer am Steuerverfahren beteiligten Personen. Das in der verhandelten Sache verwendete Kriterium würde folglich in Widerstreit zu oben angeführten grundlegenden Grundsätzen des Steuerverfahrens geraten, und somit auch in Widerstreit zum Gesetz, wenn es entweder die Rechte und die durch das Recht geschützten Interessen des Beschwerdeführers als Steuersubjekt oder andererseits die Interessen des Staates betreffen würde, und das auf eine Weise, die man bereits als manifest anzusehen möglich wäre. Die festgestellten grundlegenden Grundsätze des Steuerverfahrens deuten also an, dass die Steuerpolitik des Staates zwar seinen Interessen entsprechen soll und dass ihr Ziel die rechtmäßige Bestimmung und Auswahl der Steuer (§ 2 Absatz 2 des in Frage stehenden Gesetzes) ist, dass sie aber sicherlich nicht einseitigen Charakter haben kann. Nach Ermessen in dieser Hinsicht besteht über die Geeignetheit des verwendeten Kriteriums in der verhandelten Sache, und das mit Rücksicht auf die inhaltlichen, nichtsdestotrotz unzureichend geprüften Argumente des Beschwerdeführers, keine Klarheit, und es ist daher auch die grundlegende Frage nicht klar, ob das Verwaltungsermessen die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat.

Im abweichenden Standpunkt zur Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 13. Mai 1998<sup>271</sup>, in der es um die Aufhebung einiger Bestimmungen des Gesetzes Nr. 123/1992 Slg., über den Aufenthalt von Ausländern auf dem Gebiet der ČSFR ging, lehnte das Minderheitsvotum die Aufhebung der Bestimmung des § 14 Absatz 1 lit. f des genannten Gesetzes ab:

Zwar ist zulässig, dass ermöglicht wird, ein verhältnismäßig weites Aufenthaltsverbot auszusprechen, darin beruht aber nicht der Kern des Problems. Der ganze erwähnte Paragraph ist so konzipiert, dass es um eine verhältnismäßig weite Ermessensbefugnis (*diskreční oprávnění*) („dem Ausländer kann (*může*) der Aufenthalt untersagt werden, wenn [...]“) geht. Das

---

<sup>271</sup> Pl. ÚS 25/97, Seite 11 f.

Verwaltungsorgan hat also eine bestimmte Freiheit (*volnost*), ob es bei Erfüllung der durch das Gesetz vorgesehenen Tatsachen eine solche Entscheidung trifft oder nicht. Es geht also um Verwaltungsermessen (*správní uvážení*) in Kombination mit dem Gebrauch einer Reihe von sog. unbestimmten Begriffen (*neurčité pojmy*), die durch dieses Organ im Verhältnis zur konkreten Situation ausgelegt werden. Das ist nicht nur der Fall der angefochtenen Bestimmung, sondern auch einer Reihe weiterer Bestimmungen. Gleich beurteilen muss das Verwaltungsorgan z. B., was eine unberechtigte Erwerbstätigkeit (*neoprávněná výdělečná činnost*) (lit. c) ist, sehr unbestimmte Begriffe enthalten dann vor allem lit. e – „öffentliche Ordnung“ („*veřejný pořádek*“), „Staatssicherheit“ („*bezpečnost státu*“) usw. Diese Kombination der Ermessensbefugnis mit dem Gebrauch unbestimmter Begriffe ist im Übrigen keine Spezialität nur dieses Gesetzes. Das Problem liegt eher darin, dass die gegebene Überprüfungstätigkeit der Gerichte vorliegend wesentlich begrenzt ist, weil sie nur betreffen kann, ob die Entscheidung nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat. Es geht um eine sehr subtile theoretische Problem. Der unbestimmte Begriff hat seinen Platz bei der Feststellung des Tatbestands, das Ermessen richtet sich dann eher auf den Folge- bzw. Sanktionsbereich. Dazu schweigt aber das Urteil bzw. seine Begründung.<sup>272</sup> In seinem Urteil vom 28. Oktober 1998<sup>273</sup> entschied das Verfassungsgericht – unter Berufung auf die genannte Plenarentscheidung – im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsbetrachtung zwischen dem öffentlichen Interesse an einem Aufenthaltsverbot einerseits und dem Interesse des Einzelnen am Schutz seiner Grundrechte und Grundfreiheiten andererseits zugunsten des Antragstellers.<sup>274</sup>

Im Urteil des Verfassungsgerichts vom 29. Mai 1997<sup>275</sup>, das die Beschwerde gegen ein Urteil des Obergerichts in Olomouc ablehnte, durch das die Klage gegen eine Entscheidung des Ministeriums für wirtschaftlichen Wettbewerb abgelehnt worden war, machte der vormalige Kläger darauf aufmerksam, dass das Obergericht in der entschiedenen Sache zur Anwendung der in § 9 Absatz 3 des Gesetzes Nr. 63/1991 Slg., über den wirtschaftlichen Wettbewerb, verankerten Generalklausel (*generální klauzule*) gelangte. Er wandte ein, dass wie auch immer die angeführte Bestimmung beispielhaft konzipiert ist und dass sich demnach auch andere darin nicht ausdrücklich angeführte Handlungen erfassen lassen, es nicht die Möglichkeit der Erweiterung der Tatbestände im Wege des ganz willkürlichen Verwaltungsermessens (*správní uvážení*) gibt, sondern umgekehrt, es sich nur in den inneren durch das Gesetz dafür gegebenen Grenzen bewegen muss. Diese Grenzen erblickte er im

---

<sup>272</sup> Pl. ÚS 25/97, Seite 12. Vgl. auch Pl. ÚS 24/97.

<sup>273</sup> III. ÚS 153/97.

<sup>274</sup> Vgl. auch Pl. ÚS 3/02, Seite 5 unter Verweis auf Pl. ÚS 25/97. In dieser Entscheidung wurde aber eigentlich eine Bestimmung des Baugesetzes wegen Verletzung des Eigentumsrechtes aufgehoben (eine ähnliche Problemstellung lag Pl. ÚS 12/03 zugrunde).

<sup>275</sup> III. ÚS 31/97 (Urteil Nr. 66/1997 Slg. ÚS, Bd. 8).

ersten Satz des § 9 Absatz 3 des Gesetzes und in der nachfolgenden beispielhaften Aufzählung. Daraus schlussfolgerte er dann, dass durch seine Handlung nicht die Merkmale des Tatbestandes erfüllt wurden.<sup>276</sup> Der grundlegende Einwand der Verfassungsbeschwerde zielte, nach Auffassung des Senatspräsidenten des Obergerichts, auf die Anwendung des freien Ermessens (*volné uvážení*) des Verwaltungsorgans im Verhältnis zu § 9 Absatz 3.<sup>277</sup>

Die Bestimmung des § 9 Absatz 3 des Gesetzes über wirtschaftlichen Wettbewerb stellt eine Beschränkung des Eigentumsrechts und des Rechts der freien Unternehmung zum Zweck des Schutzes des freien Marktes dar, zu dessen Begriffsmerkmalen die Konkurrenzmittel (*konkurenční prostředky*) gehören. Nach Überzeugung des Beschwerdeführers haben das Ministerium für wirtschaftlichen Wettbewerb und in der Folge das Obergericht bei dessen Anwendung die dadurch bestimmten Grenzen des freien Ermessens überschritten.<sup>278</sup>

Das Verfassungsgericht schloss sich aber – so ausdrücklich in der Begründung – dem Standpunkt der Rechtstheorie zum Unterschied zwischen der Anwendung rechtlicher Normen, die unbestimmte Rechtsbegriffe (*neurčité pojmy*) beinhalten, und dem freien Ermessen (*volná úvaha*) der rechtsanwendenden Organe an:

„Im Verfahren der Organe besteht bei der Anwendung von Normen mit unbestimmten Rechtsbegriffen und der Ausübung der Ermessensfreiheit ein wesentlicher Unterschied, auch wenn in beiden Fällen das Organ eine gewisse Art der Freiheit hat.“<sup>279</sup> Bei der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe orientiert sich das Ermessen des Organs am konkreten Tatbestand und seiner Auswertung. Sie erläutert die Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffes und seinen Umfang und würdigt die Tatsachen des konkreten Falles im Hinblick darauf, ob er sich in den Rahmen des gebildeten Umfangs des unbestimmten Rechtsbegriffes einordnen lässt [...]. Bei der Ermessensfreiheit orientiert sich das Ermessen an der Art der Anwendung der Rechtsfolge: z. B. das Verbot einer bestimmten Tätigkeit auszusprechen oder sie nur zu beschränken oder der Angelegenheit freien Lauf zu lassen“ (D. Hendrych a kol. *Správní právo – obecná část*. Praha, 1994, s. 45-46).<sup>280</sup>

In der Beurteilung der Angelegenheit handelt es sich also nicht um freies Ermessen, sondern um die Anwendung der gesetzlichen Bestimmung, die einen unbestimmten Rechtsbegriff

---

<sup>276</sup> III. ÚS 31/97, Seite 3.

<sup>277</sup> III. ÚS 31/97, Seite 4.

<sup>278</sup> III. ÚS 31/97, Seite 7. In einer späteren Entscheidung im Zusammenhang mit der Aufhebung von Bestimmungen des Bahngesetzes wegen Verletzung des Eigentumsrechtes wurde das Vorliegen von Verwaltungsermessen bereits begrifflich abgelehnt (Pl. ÚS 11/01, Seite 2).

<sup>279</sup> Die Wesentlichkeit hat auch hier – vor dem Hintergrund des jeweiligen Freiheitseingeständnisses und des Verweises auf die Literatur – nur den dogmatischen Bezugspunkt der unterschiedlichen Erscheinungsform des Ermessens.

<sup>280</sup> III. ÚS 31/97, Seite 7.

beinhaltet, und zwar den Begriff des Missbrauchs der monopolhaften oder beherrschenden Stellung (*zneužívání monopolního nebo dominantního postavení*) durch den Konkurrenten.

Der angeführte Begriff ist in § 9 Absatz 3 des Gesetzes über wirtschaftlichen Wettbewerb durch eine beispielhafte Aufzählung gesetzgeberisch definiert. Daraus ergibt sich, dass dadurch allein der Umfang des Begriffs des Missbrauchs der monopolhaften bzw. beherrschenden Stellung (*zneužívání monopolního, resp. dominantního postavení*) nicht erschöpfend ist und dass das ihn anwendende Organ unter ihn auch weitere Handlungen des Wettbewerbers subsumieren kann. Der angeführte Zugang des Gesetzgebers bei der Definition des unbestimmten Begriffs entspricht dem gewöhnlichen Zugang (als Beispiele lassen sich § 44 Absatz 2 HGB, § 206 StBG, § 31 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 200/1990 Slg., über Übertretungen (*přestupky*) anführen) und seine Verfassungswidrigkeit selbst ist damit nicht begründet. Soweit das Verfassungsgericht über die Aufhebung der Entscheidung des staatlichen Organs aus Gründen einer verfassungswidrigen extensiven Interpretation der materiellrechtlichen (*hmotněprávní*) gesetzlichen, bestimmte Grundrechte und –freiheiten beschränkenden Bestimmung entschieden hat, tat es dies deshalb, weil durch diese Interpretation nicht das Wesen und der Sinn des betroffenen Grundrechts bzw. der Grundfreiheit im Sinne des Art. 4 Absatz 4 der Urkunde<sup>281</sup> gewahrt wurde.<sup>282</sup>

Das Verfassungsgericht unterscheidet deutlich zwischen einer Ermächtigung zum Erlass eines konkreten Aktes der Rechtsanwendung in Verbindung mit dem Institut des Verwaltungsermessens (*zmocnění k vydání aktu aplikace práva spojeného s institutem správního uvážení*) und einer Ermächtigung zu einer allgemein verbindlichen Regelung durch einen untergesetzlichen normativen Akt (*zmocnění k obecně závazné právní úpravě podzákonným normativním aktem*).<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> Art. 4 Absatz 4 der Urkunde lautet:

„Bei der Anwendung von Bestimmungen über Grenzen der Grundrechte und –freiheiten muss ihr Wesen und Sinn gewahrt werden. Solche Bestimmungen dürfen nicht zu anderen Zwecken als dem bestimmten missbraucht werden.“

(Při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu. Taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.)

<sup>282</sup> Unter Verweis auf III. ÚS 114/94.

<sup>283</sup> Vgl. die Entscheidung vom 11. Dezember 1997 (III. ÚS 126/97, Seite 4) betreffend das Gesetz Nr. 111/1990 Slg. über die Stellung und Tätigkeit staatlicher Unternehmen.

In der Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 4. März 1999<sup>284</sup> über die Verfassungsbeschwerde aufgrund einer erfolglos angefochtenen Beseitigungsanordnung eines nicht genehmigten Bauvorhabens bestritt der Antragsteller das öffentliche Interesse (*verejný zájem*) der getroffenen Entscheidung. Bereits die Vorinstanz stellte fest, dass der in § 88 Absatz 1 lit. b des Gesetzes Nr. 50/1976 Slg., über die Gebietsplanung und Bauordnung (Baugesetz), verwendete Begriff „öffentliches Interesse“ ein sog. unbestimmter Begriff (*neurčitý pojem*) ist und es am Verwaltungsorgan ist, ihn im Rahmen des Verwaltungsermessens (*správní uvážení*) auf den gegebenen Fall anzuwenden. Das öffentliche Interesse ist bei der Beurteilung, ob es im Falle eines ohne Baugenehmigung errichteten Bauvorhabens notwendig ist, seine Beseitigung anzuordnen, oder es möglich ist, den bereits existierenden Bau ausreichend zu genehmigen, notwendig vor allem hinsichtlich der Schlussfolgerungen der Gebietsplanung, der sich aus den allgemeinen technischen Erfordernissen an das Bauvorhaben und den durch die einzelnen betroffenen Organe der staatlichen Verwaltung verteidigten Interessen ergebenden Bedingungen zu prüfen.<sup>285</sup> Den Begriff des öffentlichen Interesses wendete nach Auffassung des Gerichts das Verwaltungsorgan im Rahmen seines Verwaltungsermessens an und das Gericht überprüft es nur in der Richtung, ob es die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat.

In der Entscheidung vom 15. Juli 1999<sup>286</sup> über die Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung der Zollbehörde einschließlich zugehöriger ministerieller Verordnung schloss das Verfassungsgericht bei der Steuer- bzw. Abgabekürzungs- bzw. -minderungsmöglichkeit wegen des anzuwendenden Instituts des Verwaltungsermessens (*institút správneho uvážení*), das allenfalls eine Begrenzung durch übergeordnete Organe erfahren kann, einen Rechtsanspruch (*právní nárok*) aus und dass die Beurteilung dieses Instituts vorliegend nicht Gegenstand gerichtlicher Beurteilung sein kann.<sup>287</sup> In der Entscheidung vom 27. September

---

<sup>284</sup> III. ÚS 403/98.

<sup>285</sup> III. ÚS 403/98, Seite 2.

<sup>286</sup> I. ÚS 96/99.

<sup>287</sup> I. ÚS 96/99, Seite 4. In diesen Kontext kann auch die Entscheidung vom 14. Oktober 1999 (III. ÚS 35/99) gestellt werden, in der es um die Ermöglichung des dauernden Aufenthalts eines Ausländers ging. In der Begründung führte das Verfassungsgericht aus, dass das Institut des Verwaltungsermessens und ein Rechtsanspruch sich gegenseitig ausschließen. Allerdings wurden vorliegend die allgemeinen Vorschriften des Verwaltungsverfahrens nicht eingehalten (III. ÚS 35/99, Seite). Bei der Beurteilung des Fehlens von humanitären Gründen und der Anwendung des Instituts des Verwaltungsermessens besteht ebenfalls kein Rechtsanspruch (III. ÚS 534/98). Interessant ist insoweit auch die Entscheidung vom 26. Mai 1998 (Pl. ÚS 27/97), in der eine Verletzung des Rechts aus Art. 36 Absatz 1 der Urkunde durch die Bestimmung § 32 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 123/1992 Slg. trotz der Möglichkeit des Verwaltungsermessens bei der Ausweisungsentscheidung nach § 16 Absatz 1 des Gesetzes wegen Verletzung der nach § 16 Absatz 3 des Gesetzes einzuhaltenden allgemeinen Verfahrensvorschriften angenommen wurde.

2000<sup>288</sup> lehnte das Verfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde hinsichtlich der Bestimmungen des § 104 ch Absatz 1 des Gesetzes Nr. 582/1991 Slg., über die Organisation und Durchführung der sozialen Sicherung, und des § 1 Absatz 2 der Verordnung Nr. 161/1998 Slg., über den Erlass einer Geldbuße durch die Verwaltungen der sozialen Sicherung, nach denen die tschechische Verwaltung der sozialen Sicherung aus dem Grund der Beseitigung einer Härte eine Geldbuße ganz oder teilweise erlassen kann (*může*), dass auf den Erlass der Geldbuße – im Hinblick auf die verwendete rechtliche Regelung durch Vermittlung des Instituts des Verwaltungsermessens (*institut správního uvážení*) kein Rechtsanspruch (*právní nárok*) besteht und in der konkreten Sache die tschechische Verwaltung der sozialen Sicherung aufgrund ihres Ermessens (*úvaha*) entscheidet. In diesem Zusammenhang betonte das Verfassungsgericht, dass die Beurteilung der Anwendung des Instituts des Verwaltungsermessens durch das Organ der öffentlichen Gewalt im Grundsatz nicht Gegenstand seiner Tätigkeit als gerichtliches Organ des Schutzes der Verfassung ist und auch nicht sein kann.<sup>289</sup>

Das Verfassungsgericht entschied am 22. März 2000<sup>290</sup> über die Aufhebung von § 78 Absatz 1 des Baugesetzes, der die Beteiligten am Kollaudierungsverfahren (Schlussgenehmigungsverfahren) regelt. Nach § 81 Absatz 4 des Baugesetzes kann mit dem Kollaudierungsverfahren ein Bauänderungsverfahren nach § 68 verbunden werden, soweit die tatsächliche Durchführung nicht wesentlich von der Dokumentation abweicht.<sup>291</sup> Das Gesetz bestimmt aber auch keine Durchführungsvorschriften, was eine „unwesentliche Abweichung“ („*nepodstatná odchylka*“) ist und dieser unbestimmte Rechtsbegriff (*neurčitý právní pojem*) ist dann aufgrund des freien Ermessens (*volná úvaha*) der Baubehörde auf den konkreten Zustand anzuwenden. Es hängt also nur von ihrem Ermessen (*uvážení*) ab, ob sie die Änderungen nur als unwesentliche zur Kenntnis nimmt oder ob sie diesbezüglich ein Verfahren anordnet, z. B. auch ein Baubeseitigungsverfahren. Soweit es um das verhandelte Kollaudierungsverfahren geht, ist es notwendig, mit der Ansicht übereinzustimmen, dass es Angelegenheit des hoheitlichen Ermessens der Baubehörde ist, ob sie feststellen wird, dass die Bedingungen der gebietsplanerischen Entscheidung und der Entscheidung über die Baugenehmigung vorliegen würden.<sup>292</sup>

---

<sup>288</sup> I.ÚS 282/00.

<sup>289</sup> I.ÚS 282/00, Seite 1.

<sup>290</sup> Pl. ÚS 2/99.

<sup>291</sup> Pl. ÚS 2/99, Seite 4.

<sup>292</sup> Pl. ÚS 2/99, Seite 4. Zum hoheitlichen Ermessen der Baubehörde im Rahmen des Kollaudierungsverfahrens vgl. auch IV. ÚS 131/00.



In seiner Entscheidung vom 27. Juni 2001<sup>293</sup> zur Aufhebung einiger Bestimmungen des fünften Teils „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ (§§ 244-250 s) des Gesetzes Nr. 99/1963 Slg., der Zivilprozessordnung a. F., führte das Verfassungsgericht im Zusammenhang mit der Unvereinbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit von Entscheidungen der Verwaltungsorgane im Verwaltungsstrafrecht mit Art. 6 Absatz 1 EMRK aus, dass nach letzterer Vorschrift das Gericht auch mit der Kompetenz ausgestattet sein muss, nicht nur die Gesetzmäßigkeit der Sanktion zu würdigen, sondern auch ihre Angemessenheit.<sup>294</sup> Das Verfassungsgericht stellt aufgrund seiner angeführten Vorbehalte und der Tatsache, dass die Verwaltungsgerichte den Entscheidungsprozess in der Weise des fünften Teils der ZPO geregelt haben, fest, dass die damalige Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Tschechischen Republik, soweit es um das Verfahren und die Kompetenz geht, zwar allgemein der Verfassung und der Liste, nicht aber Art. 6 Absatz 1 EMRK entspricht, wenn die Konvention eindeutig verlangt, dass über das Recht (also über die Sache selbst und keineswegs nur über die Gesetzmäßigkeit des vorangehenden Verwaltungsaktes) das Gericht oder ein dem Gericht entsprechendes Organ entscheidet. Nach der Regelung kann das Gericht also nur die gesetzeswidrige, keinesfalls aber die sachlich fehlerhafte Entscheidung beseitigen. Anders gesagt, das Verwaltungsermessen (*správní uvážení*) des abhängigen Organs kann unmöglich durch das unabhängige richterliche Ermessen (*soudcovské uvážení*) ersetzt werden. Wenn dem in Angelegenheiten „bürgerlicher Rechte und Verbote“ („*občanská práva a závazky*“) und des „Verwaltungsstrafrechts“ („*správní trestání*“) im Sinne der Konvention so ist, dann ist nach Auffassung des Verfassungsgerichts dieser Zustand nicht verfassungsgemäß, in anderen Angelegenheiten hält er jedoch den Anforderungen stand.<sup>295</sup>

Das Verfassungsgericht hob auch schon gesetzliche Bestimmungen im Bereich der Erziehungsfürsorge mit der Begründung auf<sup>296</sup>, dass bei den in Frage stehenden gesetzlich nicht definierten unbestimmten Begriffen die Intensität dieser Unbestimmtheit so groß ist, dass sie die Möglichkeit der Bestimmung des normativen Inhalts der gegebenen Bestimmungen mittels der gewöhnlichen Interpretationsverfahren ausgeschlossen wird, weil dies im Widerspruch zum Prinzip der Rechtssicherheit und zu den Prinzipien der Rechtsordnung steht. Das Gericht betrachtete dabei insbesondere die Unterbringung von

---

<sup>293</sup> Pl. ÚS 16/99. Diese nicht ganz unumstrittene Entscheidung wird später noch eingehender betrachtet.

<sup>294</sup> Pl. ÚS 16/99, Seite 7.

<sup>295</sup> Pl. ÚS 16/99, Seite 7. Vgl. auch Pl. 11/04, Seite 18, wo auf Pl. ÚS 16/99 verwiesen wird.

<sup>296</sup> Pl. ÚS 23/02.

Kindern in Vertragsfamilien („*smluvní rodina*“), aufgrund von Verträgen zwischen dem diagnostischen Institut und der Vertragsfamilie, ohne ausreichende und vollständige gesetzliche Regelungen, einschließlich der gerichtlichen Kontrolle, als Eingriff in die Grundrechte und –freiheiten der Kinder im Sinne des Art. 4 der Verfassung und des Art. 32 Absatz 1 und 4 der Urkunde. Darüber hinaus sah es Begriffe wie „in besonders begründeten Fällen“ („*ve zvláště odůvodněných případech*“) und „wenn es das Interesse der Kinder erfordert“ („*vyžaduje-li to zájem dítěte*“), wenn diese auch teilweise durch den Begriff „Kinder, bei denen der Aufenthalt im Kollektiv nicht geeignet ist“ („*děti, u kterých pobyt v kolektiva není vhodný*“) konkretisiert werden, insoweit als vage (*vágní*) an, dass es auch bei bestem Willen unmöglich ist, sie unter den gesetzlichen Grenzen des Ermessens (*uvážení*) des diagnostischen Instituts zu benennen.<sup>297</sup>

In der Entscheidung vom 11. November 2002<sup>298</sup> stellte das Verfassungsgericht erneut klar, dass auf die Erteilung des Asyls aus humanitären Gründen nach § 14 des Gesetzes Nr. 325/1999 Slg. (Asylgesetz) kein Rechtsanspruch besteht und dass das Verwaltungsermessen (*správní uvážení*) hinsichtlich der Beurteilung eines besonders rücksichtswürdigen Falles (*případ hodného zvláštního zřetele*) von der Überprüfungstätigkeit des Verfassungsgerichts ausgenommen sind.

Das Verfassungsgericht<sup>299</sup> kam in seiner den Antrag des Öffentlichen Rechtsombudsmanns (*Veřejný ochránce práv*) auf Aufhebung der Bestimmung des Punktes 18 der Anlage Nr. 3 der Regierungsverordnung Nr. 246/1998 Slg., durch die sich die Verzeichnisse geheimer Tatsachen bestimmen, ablehnenden Entscheidung vom 23. Februar 2004 unter Anwendung der teleologischen Auslegungsmethode (*metoda teleologického výkladu*) zum unzweifelhaften Schluss, dass der Zweck des Gesetzes Nr. 148/1998 Slg., über den Schutz geheimer Tatsachen, ist, rechtlich festzustellen, dass alle Tatsachen geheim sind, die qualifiziert im Sinne von § 2 Absatz 2 des Gesetzes den Interessen der Tschechischen Republik zuwiderlaufen. Nach Ausführungen zur Rechtssicherheit (*právní jistota*) und Vorhersehbarkeit (*předvídatelnost*) von Akten der öffentlichen Gewalt nahm das Gericht an, dass die angefochtene Bestimmung in rechtlich weiterem definierten prozessualen Kontext im Einklang mit den Schlussfolgerungen steht, als der EGMR über die geforderte Genauigkeit der Rechtsnorm und die Vorhersehbarkeit von Akten der öffentlichen Gewalt ausgeführt hat.

---

<sup>297</sup> Pl. ÚS 23/02, Seite 2.

<sup>298</sup> IV. ÚS 532/02.

<sup>299</sup> Pl. ÚS 31/03.

Denn der EGMR verlangt in Fällen, wenn die Rechtsvorschrift das Organ der öffentlichen Gewalt zum Ermessen (*uvážení*) berechtigt, dass der Umfang und die Modalitäten der Ausübung eines solchen Ermessens mit hinreichender Klarheit hinsichtlich des gegebenen legitimen Ziels definiert werden und dem Einzelnen entsprechenden Schutz gegen Willkür oder Eigenwillen gewähren.<sup>300</sup> Über das Kriterium der Empfindlichkeit (*citlivost*) von Informationen im Ausdruck „*citlivých politických, bezpečnostních a ekonomických informací z oblasti mezinárodních vztahů*“ („empfindlicher politischer, sicherheitsbezogener und ökonomischer Informationen aus dem Bereich internationaler Beziehungen“) als durch § 3 des Gesetzes bestimmte Grenze wird ausgeführt, dass es ein in der Praxis verwendeter Ausdruck ist, mit dem der spezifische Charakter der einschlägigen geheimen Informationen damit näher sachlich angedeutet und betont werden soll, dass sich erst nach der Beurteilung der sich aus der Bestimmung des § 3 Absatz 1 und der Bestimmung des § 2 Absatz 1 und 2 des Gesetzes Nr. 148/1998 Slg. ergebenden Zusammenhänge zeigt, ob eine solche empfindliche Information als geheime Tatsache bezeichnet werden soll. Die Grenzen des Verwaltungsermessens (*správní uvážení*) in der angefochtenen Bestimmung können folglich als weiter angesehen werden, als dies gewöhnlich der Fall ist, keineswegs aber als unbegrenzt (*neohraničený*).<sup>301</sup> Die Regierung, deren Verordnung zur Überprüfung anstand, betrachtete es als diskutabel, ob die Bestimmung „empfindlicher politischer, sicherheitsbezogener und ökonomischer Informationen aus dem Bereich internationaler Beziehungen“ als geheime Tatsachen bzw. sich aus dieser Bestimmung ergebende Grenzen des Verwaltungsermessens in heutiger Zeit mit Bestimmtheit als Nichteinhaltung des Verfassungsprinzips der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Akten der öffentlichen Gewalt interpretieren lässt. Nach Ausführungen zum Verhältnismäßigkeitsprinzip als Optimierungsgebot und den der Regierung bei der Ausgestaltung der in Frage stehenden Regierungsverordnung Nr. 246/1998 Slg. zur Verfügung stehenden hypothetischen Möglichkeiten einschließlich des Verzeichnisses (*seznam*) mit den Positionsbereichen, in denen geheime Tatsachen vorkommen können, stellte das Verfassungsgericht fest, dass die Anlage Nr. 3 zur Regierungsverordnung Nr. 246/1998 Slg. 18 solche Positionen enthält.<sup>302</sup> Davon erachtet es 17 für relativ konkret, Nr. 18 für relativ allgemein. Das Verzeichnis als Ganzes gibt so dem Organ der öffentlichen Gewalt Raum (*prostor*) zu weitem sachlichen Verwaltungsermessens (*širší věcné správní uvážení*) nur im Rahmen der Position Nr. 18, die zu begreifen als nicht von den Positionen der Nrn. 1-17 gedeckter „Rest-“ Bereich notwendig ist. Nur in diesem

---

<sup>300</sup> Kruslin gegen Frankreich (1990), §§ 27, 29, 30 sowie M. und R. Andersson gegen Schweden (1992), § 75.

<sup>301</sup> Pl. ÚS 31/03, Seite 4.

<sup>302</sup> Pl. ÚS 31/03, Seite 8.

Restbereich (keineswegs also im ganzen Bereich internationaler Beziehungen) entsteht objektiv ein Raum zu Akten, die theoretisch als „unvorhersehbar“ zu bezeichnen möglich ist. Das Verfassungsgericht kam zu dem Schluss, dass daher die Regierung durch die angefochtene Bestimmung bei der Ausführung des Gesetzes nicht dessen Grenzen überschritten hat und dass der Zweck (*účel*) dieses Gesetzes ein bestimmtes, angemessenes Maß an Verwaltungsermessen bei der Anwendung der Regierungsverordnung verlangt.<sup>303</sup> Das Gericht gestattet, dass die Anwendung der Regierungsverordnung Nr. 246/1998 Slg. und ihrer Anlage in konkreten Fällen gewisse Probleme und Zweifel dergestalt hervorrufen kann, wie vorliegenden das Verfahren des Antragstellers einleitenden Fall ist. Der gesetzliche Raum (*zákonný prostor*) zum Verwaltungsermessen kann in einer individuellen Situation zu eigenwilligen geheimen konkreten Tatsachen ausgenutzt (*zneužit*) werden, die aktuell nicht die materielle Bedingung des § 3 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 148/1998 Slg. erfüllen. Zur Klarstellung und Aufdeckung einer – immer wieder aufgetretenen – dogmatisch nicht wesentlich unterscheidenden Verwendung der beiden Institute des Verwaltungsermessens und des sog. unbestimmten Rechtsbegriffs kann auf das Minderheitsvotum verwiesen werden:

Als *dissenting opinion* (*odlišné stanovisko*) wurde ausgeführt, dass erst, soweit die Prüfung der Übereinstimmung des Gesetzeszwecks mit dem sich aus Art. 17 Absatz 4 der Liste<sup>304</sup> ergebenden Zweck positiv beantwortet worden wäre, es möglich gewesen wäre, die angefochtene Bestimmung weiter im Hinblick auf das Prinzip des demokratischen Rechtsstaats (*princip demokratického právního státu*) nach Art. 1 Absatz 1 der Verfassung zu prüfen, dem das Prinzip der Vorhersehbarkeit des Rechts (*princip předvídatelnost práva*) und das Verbot der Ausübung von Willkür durch die Organe der öffentlichen Gewalt immanent ist, beide eng verbunden mit der Frage der Bestimmtheit (*určitost*) der in der Hypothese (*hypotéza*) und der Disposition (*dispozice*) der Rechtsnorm verwendeten Begriffe bzw. ihres deontologischen Ausdrucks (*deontologické vyjádření*).<sup>305</sup> Eine Mehrheit ging von der Ansicht aus, dass die angefochtene Bestimmung Raum zu weitem sachlichen Verwaltungsermessen gibt. Mit dieser Auffassung konnte sich das Minderheitsvotum nicht identifizieren, denn sowohl aus der Konstruktion der

---

<sup>303</sup> Pl. ÚS 31/03, Seite 9.

<sup>304</sup> Art. 17 Absatz 4 Liste lautet:

„Die Freiheit der Äußerung und das Recht, Informationen zu suchen und zu verbreiten, können durch Gesetz beschränkt werden, wenn es um für den Schutz von Rechten und Freiheiten anderer, die Sicherheit des Staates, die öffentliche Sicherheit, den Schutz der öffentlichen Gesundheit und Sitte unerlässliche Maßnahmen in der demokratischen Gesellschaft geht.“

(Svobodu projevu a právo vyhledávat u širit informace lze omezit zákonem, jde-li o opatření v demokratické společnosti nezbytná pro ochranu práv a svobod druhých, bezpečnost státu, veřejnou bezpečnost, ochranu veřejného zdraví a mravnosti.)

<sup>305</sup> Pl. ÚS 31/03, Seite 12.

Verwaltungsgerichtsordnung (nach § 78 der Verwaltungsgerichtsordnung kontrolliert das Gericht nur die Grenzen des Verwaltungsermessens, gegebenenfalls den Missbrauch des Verwaltungsermessens) als auch aus der Judikatur der Verwaltungsgerichte ergibt sich, dass der Inhalt des Verwaltungsermessens von der gerichtlichen Kontrolle ausgenommen ist. Für diese Situation ist es danach nötig, darauf zu bestehen, dass die Normen des öffentlichen Rechts (einschließlich der angefochtenen Norm), die unmittelbar das Grundrecht aus Art. 17 der Verfassung (Recht auf Information) achten, deontologisch so formuliert sind, dass sie keinen Raum zum Verwaltungsermessens geben, auch wenn sie relativ abstrakte Begriffe verwenden. Die Auslegung abstrakter oder unbestimmter Begriffe (*neurčité pojmy*) sind nämlich, im Unterschied zum Verwaltungsermessens, nicht der gerichtlichen Kontrolle entzogen.

Das Verfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung vom 23. November 2004<sup>306</sup> hinsichtlich der Einschränkungsmöglichkeit der Unternehmerfreiheit nach Art. 26 Absatz 2, 41 Absatz 1 der Urkunde<sup>307</sup> keinen Grund daran zu bezweifeln, dass die Bestimmung der „steuerlichen Schuldlosigkeit“ („*daňové bezdlužnost*“) gegenüber dem Staat (§ 6 odst. 1 písm. d) des Gewerbegesetzes als gesetzliche Bedingungen für die Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit prima facie ein durch die gesetzliche Regelung verfolgtes legitimes Ziel darstellt und nicht offensichtlich eine Beschränkung des Grundrechts im Sinne des Art. 4 Absatz 4 der Urkunde ist. Ein verfassungswidriger bzw. gesetzeswidriger Eingriff in das Recht nach Art. 26 der Urkunde könnte aber eine solche Gesetzesanwendung sein, die darin keinen Halt hätte, wäre eigenwillig, oder wäre in extremem Widerspruch zu ausgeübten tatsächlichen Feststellungen. Schutz vor solchen Fällen der Rechtsanwendung ist in der Sphäre der öffentlichrechtlichen Regelung des genehmigten Unternehmens vor allem durch die Gerichte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu gewähren (§ 4 Absatz 1 VwPO).

Das Gericht kam aber zu dem Schluss, dass die Verwaltungsbehörde bei der Beurteilung des Verlangens des Beschwerdeführers auf den Erlass der sog. Bestätigung über die Schuldlosigkeit nur den Inhalt des automatisierten Steuerinformationssystems erklärte, ohne dass sie dabei irgendeine autoritative Feststellung in Zweifel oder Streit zog, den unbestimmten Rechtsbegriff (*neurčitý právní pojem*) auslegte oder das Institut des Verwaltungsermessens (*institut správní uvážení*) anwendete.<sup>308</sup>

---

<sup>306</sup> II. ÚS 599/02.

<sup>307</sup> Art. 26 Absatz 1 und 2 der Urkunde lauten:

(1) *Jeder hat das Recht auf freie Wahl des Berufes und Vorbereitung zu diesem, genauso auch das Recht zu unternehmen und eine andere wirtschaftliche Tätigkeit zu betreiben.*

<sup>308</sup> II. ÚS 599/02, Seite 5.

In der Entscheidung vom 28. Juni 2005<sup>309</sup> zum Recht auf gerichtlichen und anderen Rechtsschutz (*právo na soudní a jinou právní ochranu*) wurde die Bestimmung des § 3 a des Gesetzes Nr. 114/1995 Slg., über die Binnenschifffahrt, die bestimmte, dass die Entwicklung und Modernisierung der konkret festgelegten Wasserwege im öffentlichen Interesse (*veřejný zájem*) ist, aufgehoben, weil sie mit den grundlegenden Prinzipien des Rechtsstaats, insbesondere der Maxime der Allgemeinheit rechtlicher Regelung (dem Erfordernis der Allgemeinheit des Gesetzes) nicht vereinbar war. Die Allgemeinheit des Inhalts ist ein ideelles, typisches und wesentliches Merkmal eines Gesetzes bzw. auch einer Rechtsvorschrift überhaupt. Der Sinn der Teilung der staatlichen Gewalt in die gesetzgebende, ausübende und richterliche Gewalt ist die Übertragung der allgemeinen und primären Gewaltenregelung dem zu allgemeiner Regelung berufenen Gesetzgeber und der Entscheidungen über individuelle Fälle der Verwaltung sowie ausschließlich nur von Entscheidungen über Einzelfälle der Gerichtsbarkeit gegenüber. Aus dieser Abgrenzung des definierten Gesetzesbegriffes ergibt sich dann der Begriff des Gesetzes im materiellen Sinn, von dem Gesetze im formellen Sinn notwendig zu unterscheiden sind. Die genannte Bestimmung regelt aber einen Einzelfall und entbehrt so dem wesentlichen materiellen Merkmal einer allgemeinen Rechtsnorm. Materiell handelt es sich daher nicht um eine Rechtsvorschrift, sondern die angefochtene Bestimmung ist de facto ein individueller Verwaltungsakt. Die schließt aus, dass das Verwaltungsorgan im Verwaltungsverfahren das öffentliche Interesse an der Entwicklung und Modernisierung der gegenständlichen Wasserwege feststellt, denn dieses ist bereits durch das Gesetz selbst bestimmt. Eine solche Lösung, d. h. deklaratorisches öffentliches Interesse in der konkret durch das Gesetz bestimmten Angelegenheit, betrachtet das Verfassungsgericht als verfassungswidrig.<sup>310</sup> Das öffentliche Interesse in der konkreten Angelegenheit sollte im Verlauf des Verwaltungsverfahrens aufgrund der Inbezugsetzung der verschiedensten partikularen Interessen festgestellt werden, nach Abwägung (*zvážení*) aller Widersprüche und Bemerkungen. Aus der Begründung der Verwaltungsentscheidung muss sich dann deutlich ergeben, warum das öffentliche Interesse die Reihe der anderen partikularen Interessen überwog. Das öffentliche Interesse ist notwendig im Entscheidungsprozess über eine bestimmte Frage (typischerweise z. B. über die Enteignung) zu suchen und es kann unmöglich in der konkreten Sache a priori bestimmt werden. Aus diesen Gründen ist die Feststellung des

---

<sup>309</sup> Pl. ÚS 24/04.

<sup>310</sup> Pl. ÚS 24/04, Seite 1.

öffentlichen Interesses im konkreten Fall typischerweise Kompetenz der ausübenden Gewalt und nicht der gesetzgebenden.<sup>311</sup>

Aus der angefochtenen Gesetzesbestimmung lässt sich unmöglich ersehen, aus welchen Gründen der Gesetzgeber der Entwicklung und Modernisierung der konkret festgelegten Wasserwege den Status des öffentlichen Interesses zuerkannt, ob er gegenläufige Einzelfallinteressen festgestellt und wie er ihre Existenz ausgeglichen hat. Es ist im Übrigen offensichtlich, dass diese Umstände auch unmöglich im Gesetzgebungsprozess festgestellt werden können, denn der Gesetzgeber ist nicht mit den Mitteln zur Beurteilung individueller Fälle mit all ihren Zusammenhängen und Folgen ausgestattet.<sup>312</sup>

Durch die angefochtene Bestimmung kommt es nicht nur zu einem Eingriff der gesetzgebenden Gewalt in die Exekutive, sondern wurde auch das Recht auf gerichtliche Überprüfung beschränkt. Die einzelne Verwaltungsentscheidung (z. B. die Enteignung), die im Zusammenhang mit dem Ausbau und der Modernisierung der gegenständlichen Wasserwege getätigt wurde, wäre zwar durch das Gericht im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit überprüfbar, aber von dieser Überprüfung wäre die Frage der Existenz des öffentlichen Interesses ausgeschlossen, denn dieses wurde bereits durch das Gesetz bestimmt, an das die allgemeinen Gerichte nach Art. 95 Absatz 1 der Verfassung gebunden sind. Im Fall der Nichtexistenz der angefochtenen Bestimmung könnten die allgemeinen Gerichte überprüfen, ob die Verwaltungsorgane bei der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes (*neurčitý právní pojem*) „öffentliches Interesse“ in der konkreten Situation nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen des Verwaltungsermessens (*správní uvážení*) überschritten haben, das aber die angefochtene rechtliche Regelung de facto ausschließt.<sup>313</sup>

In seiner Entscheidung vom 16. März 2006<sup>314</sup> hat das Verfassungsgericht nochmals ausführlichst zum Verwaltungsermessens (*správní uvážení*) Stellung genommen. Es stellte fest, dass es in einem Rechtsstaat eine unannehmbare Auslegung darstellt, nach der der Steuerverwalter absolutes freies Ermessen (*absolutní volná úvaha*)<sup>315</sup> in der Entscheidung über das Verlangen eines Steuerpflichtigen nach § 67 Absatz 5 des Gesetzes Nr. 337/1992 Slg. mit der Formulierung „in begründeten Fällen kann der Steuerverwalter [...]“ („v

---

<sup>311</sup> Pl. ÚS 24/04, Seite 1.

<sup>312</sup> Pl. ÚS 24/04, Seite 1.

<sup>313</sup> Pl. ÚS 24/04, Seite 1.

<sup>314</sup> IV. ÚS 49/04. Vgl. dazu auch die Entscheidung des NSS vom 13. Dezember 2006 (3 Afs 10/2003-106).

<sup>315</sup> Zum absoluten freien Ermessen und zur Verletzung des Gleichheitssatzes vgl. III. ÚS 252/04 unter Verweis auf II. ÚS 405/02.

*odůvodněných případech může správce daně [...]“*), aus der sich im Übrigen auch die Nichtexistenz des subjektiven Rechts des Steuerpflichtigen auf Bestimmung einer Anzahlung ergeben würde, gegebenenfalls auf die Aufhebung der Steuerpflicht einen Vorschuss zu gewähren. Eine solche Auslegung würde dazu führen, dass der Steuerpflichtige eventuell einer gerichtlich nicht überprüfbaren Verwaltungswillkür ausgesetzt sein könnte.<sup>316</sup>

Im Hinblick auf die Spezifika der Überprüfung des Verwaltungsermessens (*správní uvážení*), gegeben außerdem im Hinblick auf das Prinzip der Gewaltenteilung, überprüft das Verwaltungsgericht bei nach § 67 Absatz 5 des Gesetzes Nr. 337/1992 Slg. erlassenen Entscheidungen nur, ob diese nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten haben. Bestandteil der Überprüfung ist auch die Beurteilung, ob das Verwaltungsermessen logische Ausmündung einer ordnungsgemäßen Bewertung der Tatsachenfeststellungen ist. Soweit oben angeführte Bedingungen erfüllt wurden, kann das Gericht nicht, aus den gleichen Tatsachenfeststellungen, andere Schlussfolgerungen ableiten. Das schließt auch aus, dass die Gerichte die Zweckmäßigkeit (*účelnost*) des angefochtenen Entscheidung überprüfen bzw. sogar das Ermessen des Verwaltungsorgans durch eigenes Ermessen ersetzen.<sup>317</sup>

Die Bestimmung des § 67 Absatz 5 des Gesetzes Nr. 337/1992 Slg. begründet für den Steuerverwalter die Möglichkeit zum sog. Verwaltungsermessen (*správní uvážení*).<sup>318</sup> Für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde schien dem Verfassungsgericht als wesentlich, um welchen Typ des Verwaltungsermessens es geht. Unter Berufung auf die Schlussfolgerungen der Rechtstheorie unterscheidet das Gericht einerseits Verwaltungsermessen, das dem Verwaltungsorgan die Möglichkeit und die Verpflichtung gibt, nach eigenem Ermessen (*vlastní uvážení*) zu verfahren, „wenn und insoweit ihm das Gesetz die Befugnis verleiht, für einen bestimmten Tatbestand auf verschiedene Weise zu entscheiden (von einigen möglichen und zulässigen Lösungen die auszuwählen, die insbesondere im Hinblick auf das öffentliche Interesse [*veřejný zájem*] am zweckmäßigsten ist).“ Eine solche Entscheidung, begründet auf dem erwähnten Typ des Verwaltungsermessens, unterliegt grundsätzlich der gerichtlichen Überprüfung, soweit es um ihre Gesetzmäßigkeit geht, auch wenn die aufgrund des Verwaltungsermessens getätigten Entscheidungen der Verwaltungsorgane durch die Spezifika der gerichtlichen Überprüfung begrenzt werden.

Demgegenüber stehen sich auf der durch das Gesetz gewährten Befugnis zu „absolutem freien Ermessen“ (*absolutní volné úvaha*) gründende Entscheidungen, die grundsätzlich nicht

---

<sup>316</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 1.

<sup>317</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 5.

<sup>318</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 6.



Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung sind, dann dem Verwaltungsorgan wird die volle Wahlmöglichkeit zuerkannt, ob es jemanden eine bestimmte Berechtigung erteilt oder nicht, und gleichzeitig „fehlt ein Rechtsanspruch [*právní nárok*] auf die Erteilung der Berechtigung und folglich auch ein subjektives Recht [*subjektivní právo*] des Klägers“. <sup>319</sup> Als Beispiel eines solchen absoluten Verwaltungsermessens wird die Entscheidung des Ministeriums über einen Steuernachlass im Sinne der Bestimmung des § 55 a des Gesetzes Nr. 337/1992 Slg. – unter Bekundung der Übereinstimmung mit der Entscheidung Nr. 95 der Sammlung der Entscheidungen des NSS – angeführt.

Auf das Erlangen einer bestimmten Entscheidung im Rahmen des „absoluten freien Ermessens“ haben also die Adressaten dieser Entscheidungen kein subjektives öffentliches Recht (*subjektivní veřejné právo*) <sup>320</sup> und das über dieses „absolute freie Ermessen“ verfügende Verwaltungsorgan bewegt sich im Rahmen eines nicht durch irgendwelche gesetzlichen Bedingungen gebundenen Ermessens (*diskrece*). <sup>321</sup> Als solche sind die durch „absolutes freies Ermessen“ erlangten Entscheidungen der Verwaltungsorgane im Grundsatz außerhalb der Überprüfungstätigkeit der Verwaltungs- oder Verfassungsgerichtsbarkeit, auch wenn dieser Ausschluss von der gerichtlichen Überprüfung nicht ausnahmslos gilt. Die gerichtliche Überprüfung wird ausnahmsweise dann geltend gemacht, soweit das Verwaltungsorgan bei seinen Entscheidungen den Rahmen überschreiten würde, der ihm für sein „absolutes“ freies Ermessen durch die tschechische Verfassungsordnung (*ústavní pořádek*) (vor allem das Diskriminierungsverbot) gegeben ist. <sup>322</sup>

Aus der Bestimmung des Art. 4 Absatz 4 der Urkunde ist notwendig abzuleiten, dass keine die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen ausschließende Bestimmung der Verwaltungsprozessordnung extensiv ausgelegt werden kann. <sup>323</sup>

Soweit das Steuersubjekt, dem nicht eine andere Höhe der Anzahlung nach § 67 Absatz 5 des Gesetzes Nr. 337/1992 Slg. bestimmt würde, nicht das Recht hätte, die betroffene Entscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen, und zugleich nicht fähig wäre, Vorschüsse z. B. auch in ganz absurder (auch seinen ganzen aktuellen Gewinn für die Steuerperiode überragender) Höhe zu zahlen, wäre er auch nicht in der Lage, mit gerichtlichen Überprüfungsmitteln die Herabsetzung der Strafe zu erreichen, die ihm für die Nichtzahlung

---

<sup>319</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 7 unter Berufung auf Vopálka, Vladimír/Šimůnková, Věra/Šolín, Miloslav: Soudní řád správní – komentář (Verwaltungsprozessordnung – Kommentar), 1. Auflage, C. H. Beck Praha 2004, S. 154 und Hendrych, Dušan: Správní právo. Obecná část (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), 5., erweiterte Auflage, C. H. Beck 2003, S. 617 ff.

<sup>320</sup> Das Verfassungsgericht spricht vorliegend – entgegen der oben bevorzugten tschechischen Literaturmeinung – jeweils von einem subjektiven öffentlichen Recht (*subjektivní veřejné právo*).

<sup>321</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 7.

<sup>322</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 7.

<sup>323</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 8.

der Anzahlung nach dem Gesetz bemessen worden wäre. Nach § 55 a Absatz 4 des Gesetzes Nr. 337/1992 Slg., der „absolutes“ Verwaltungsermessen begründet, muss nämlich die Entscheidung über das Steuernachlassverlangen keine Begründung enthalten und Rechtsmittel dagegen werden nicht zugelassen (umso weniger kann es hier eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit geben, wie es das Verfassungsgericht im Übrigen zuvor erwähnt hat).<sup>324</sup>

Wie das Verfassungsgericht ausgeführt hat, wären sogar solche Situationen gerichtlich nicht überprüfbar, die zu einem vollständigen wirtschaftlichen Untergang des Steuerpflichtigen führen könnten, der dabei ordnungsgemäß und im Einklang mit dem Gesetz die resultierende Steuer für die Steuerperiode bestreiten würde und auch sonst keine rechtliche Pflicht verletzen würde.<sup>325</sup>

Das NSS schloss sich unzulässig dem unstreitig weiten Ermessen an, das der Steuerverwalter nach § 67 Absatz 5 des zitierten Gesetzes einerseits mit der Nichtexistenz irgendwelcher Grenzen andererseits hat. Die Nichtexistenz irgendwelcher gesetzlicher Grenzen würde in der Tat die grundsätzliche Unüberprüfbarkeit durch das Gericht im Sinne der angeführten Erwägungen begründen.<sup>326</sup>

Der Steuerpflichtige verfügt über ein subjektives öffentliches Recht auf Bestimmung einer Anzahlung im Übrigen, gegebenenfalls auf Aufhebung der Verpflichtung, auf die Steuer einen Vorschuss zu zahlen, der Steuerverwalter hat andererseits ein weites, keineswegs aber durch nichts begrenztes Ermessen zu bestimmen, ob der Vorschuss anders bestimmt wird, gegebenenfalls ob die Anzahlungspflicht aufgehoben wird. Der Steuerverwalter hat vor allem die Pflicht, die Relevanz der Beweise oder anderer durch den Steuerpflichtigen in seinem Verlangen vorgelegter Argumenten zu prüfen und auszuwerten, wobei seine Entscheidung nicht eine durch den Steuerpflichtigen nachgewiesene offensichtlich unangemessene Situation darstellen darf. Wie das Verfassungsgericht nachgewiesen hat, ergibt sich aus dem Institut des Steuervorschusses, dass dieser Vorschuss mit Rücksicht auf die durch den Steuerpflichtigen nachgewiesenen Tatsachen annähernd der zugrundeliegenden zukünftigen Steuerpflicht entsprechen sollte, die die „begründete“ Anzahlung sein soll und der Steuerpflichtige sollte nicht gezwungen werden, im gegenüber der zugrundeliegenden Steuerpflicht unangemessenen Umfang dem Staat für die gegebene Steuerperiode „einen Vorschuss zu zahlen“.<sup>327</sup>

---

<sup>324</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 8.

<sup>325</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 8.

<sup>326</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 8.

<sup>327</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 9.

Der grundsätzliche Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung der auf „absolutem“ freien Ermessen begründeten Verwaltungsentscheidung ist als Grundlage der Wahrung der in Art. 36 Absatz 2 der Urkunde und Art. 6 Absatz 1 EMRK bestimmten Anforderungen außerdem auch durch das Interesse auf Wahrung des Prinzips der Gewaltenteilung zwischen der Exekutive und der Justiz vorgegeben. In Fällen des „absoluten“ freien Ermessens des Verwaltungsorgans geht es in der Regel um eine solche Problematik, die nach der Absicht des Gesetzgebers in der ausschließlichen Kompetenz der Exekutive liegen soll. Diese Erwägungen gelten entsprechend auch für das „einfache“ Verwaltungsermessen (*„prosté správní uvážení“*), wenn die gerichtliche Überprüfung der Verwaltungsentscheidung auf spezifische Weise realisiert wird und daher nicht das Ersetzen des Verwaltungsermessens durch das Ermessen des Gerichts bedeutet.<sup>328</sup>

Nach § 78 Absatz 1 VwPO hebt das Verwaltungsgericht die angefochtene Entscheidung wegen Gesetzeswidrigkeit auch dann auf, wenn es feststellt, dass das Verwaltungsorgan die durch das Gesetz bestimmten Grenzen des Verwaltungsermessens überschritten oder dieses missbraucht hat. Daraus ergibt sich, dass das Gericht bei diesen Verwaltungsentscheidungen nur überprüft, ob sie nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten haben. Bestandteil dieser Überprüfung ist auch die Beurteilung, ob das Verwaltungsermessen Ausmündung einer ordnungsgemäßen Bewertung der Tatsachenfeststellungen ist. Soweit diese Bedingungen erfüllt werden, kann das Gericht nicht aus den gleichen Tatsachenfeststellungen andere Schlussfolgerungen ableiten. Dies schließt auch aus, dass die Gerichte die Zweckmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung überprüfen bzw. gar das Ermessen des Verwaltungsorgans durch eigenes Ermessen ersetzen.<sup>329</sup> Die Praxis der Verwaltungsgerichte bei der Überprüfung des Verwaltungsermessens hat das Verfassungsgericht mehrmals, in verfassungsrechtlicher Hinsicht, gebilligt, wenn es z. B. im Beschluss III. ÚS 101/95 angeführt hat, dass

„das Gesetz Kriterien schafft, nach denen und in deren Rahmen sich die Wahl verwirklichen kann, einschließlich der Auswahl und Feststellung der Tatsachen des konkreten Falles, die nicht durch die Verwaltungsnorm vorausgesetzt werden, sondern durch das Ermessen des Verwaltungsorgans als für die Wahl seiner Entscheidung notwendig erkannt werden, dass das Verwaltungsermessen selbst der Überprüfung des allgemeinen Gerichts nur in der Richtung unterliegt, ob es die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte nicht überschritten hat [...], ob es im Einklang mit den Regeln des logischen Beurteilens steht und ob

---

<sup>328</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 9.

<sup>329</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 9 unter Berufung auf Boh. admin. 949/21 und II. ÚS 361/2000 (Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichts, Band 20, S. 345).

die Prämissen eines solchen Urteils durch ein ordnungsgemäßes prozessuales Verfahren festgestellt wurden und dass bei Erfüllung dieser Voraussetzungen das allgemeine Gericht nicht befugt ist, aus denselben Tatsachen andere oder unmittelbar gegenteilige Schlüsse abzuleiten.“<sup>330</sup>

Daraus ergibt sich, dass durch die gerichtliche Überprüfbarkeit der Entscheidung nach § 67 Absatz 5 des Gesetzes Nr. 337/1992 Slg. keineswegs die finanziellen Interessen des Staates gefährdet werden. Mit Rücksicht auf die Grenzen der gerichtlichen Überprüfung des Verwaltungsermessens wird folglich ein gerichtlicher Eingriff in Entscheidungen der Verwaltungsorgane eher nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Dabei verhindert allein die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung bereits einen etwaigen Eigenwillen der Steuerverwalter bei der Anwendung dieser Bestimmung.<sup>331</sup>

Daher hob das Verfassungsgericht die durch die Verfassungsbeschwerde angefochtene Entscheidung wegen verfassungswidrigen Eingriffs in die Grundrechte des Beschwerdeführers nach Art. 36 Absatz 2 der Urkunde auf. Nur ordnungshalber ergänzte es, dass durch seinen Befund keinesfalls eine Entscheidung des NSS in der Sache selbst vorweggenommen wird. Es ist also am NSS, zu beurteilen, ob durch die angefochtene Entscheidung das Verwaltungsorgan die durch das Gesetz bestimmten Grenzen des Verwaltungsermessens überschritten oder es missbraucht hat.<sup>332</sup>

#### d) Die Entwicklung des begrifflichen Verständnisses von Verwaltungsermessen und sog. unbestimmten Rechtsbegriffen

Das begriffliche Verständnis von Verwaltungsermessen und sog. unbestimmten Rechtsbegriffen in seiner Entwicklung soll im Folgenden genauer untersucht werden.

Es ist vor allem das Verdienst von *Zdeněk Bažil*, in seiner ausführlichen Monographie<sup>333</sup> auf die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe (*tzv. neurčité právní pojmy*) eingegangen zu sein. Seine Ausführungen gliedern sich in eine rechtstheoretische Untersuchung über Wesen,

---

<sup>330</sup> III. ÚS 101/95, Seite 2 f. (Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichts, Band 4, S. 351). Vgl. dazu auch die Entscheidungen des NSS z. B. 7 As 23/2005-59, 7 As 79/2005-52, 7 As 124/2005-43, 7 As 145/2005-41, 7 As 241/2005-42, 7 As 255/2005-54 und 7 As 120/2006-38.

<sup>331</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 9.

<sup>332</sup> IV. ÚS 49/04, Seite 10.

<sup>333</sup> Bažil, Zdeněk: *Neurčité právní pojmy a uvážení při aplikaci norem správního práva* (Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen bei der Anwendung von Normen des Verwaltungsrechts), Univerzita Karlova, Praha: Karolinum, 1993, AUC Iuridica 6/1992.

Anforderungen, Klassifikation sowie Inhalts- und Umfangsbestimmung der unbestimmten Rechtsbegriffe, bevor auf die gerichtliche Überprüfbarkeit in der Rechtsprechung des ehemaligen Oberste Verwaltungsgerichts eingegangen wird.

Einleitend wird festgestellt, dass sich die Ansichten vom unbestimmten Rechtsbegriff und vom Ermessen bei der Rechtsanwendung in Abhängigkeit vom Wandel in der Vorstellung vom Umfang der Überprüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Hinblick auf die Entscheidungen der Verwaltungsorgane bei der Anwendung der erwähnten Begriffe beinhalten und auf freiem Ermessen gründender verwaltungsrechtlicher Normen entwickelten.<sup>334</sup> Der Blick geht zurück auf die Anfänge der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, an der sich in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts die die Problemstellung bis in die heutige Zeit bestimmende Ermessensdiskussion entzündete.<sup>335</sup>

Aus den ersten ausführlichen Untersuchungen des Problems in der österreichischen Literatur sind zur Verortung der Anfänge der Entwicklungslinien des begrifflichen Verständnisses mit den Studien von *Edmund Bernatzik*<sup>336</sup> und *Friedrich Tezner*<sup>337</sup> zunächst zwei disparitäre Tendenzen herauszugreifen.<sup>338</sup>

#### aa) Die Ansicht von Bernatzik

Die erste Richtung kennzeichnete nach *Bažil*<sup>339</sup> die Erhaltung der selbständigen Stellung der Verwaltung im Bereich ihrer Entscheidungstätigkeit mit ausschließlicher Überprüfungsergenz der Verwaltungsgerichte. Es wurde behauptet, dass die Verwaltung autonom wäre und sich nur nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit zu richten hätte,

---

<sup>334</sup> Bažil, Zdeněk, a. a. O., S. 8.

<sup>335</sup> Vgl. auch Ehmke, a. a. O., S. 12 ff., der ergänzt, dass sich mit dem Buch von Mayer, Friedrich Franz: Grundsätze des Verwaltungsrechts. Mit bes. Rücksicht auf gemeinsames dt. Recht, sowie auf neuere Gesetzgebung u. bemerkenswerthe Entscheidungen d. obersten Behörden zunächst d. Königreiche Preußen, Baiern u. Württemberg, Laupp Tübingen 1862, bereits mehr als 20 Jahre vor den ersten Auseinandersetzungen in der österreichischen Literatur die bedeutendste allgemeine Darstellung des Ermessensproblems vor dem systematischen Ausbau der einzelstaatlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit findet, a. a. O., S. 9 f.

<sup>336</sup> Bernatzik, Edmund: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886, Neudruck Aalen 1964; ders.: Rezension der Tezner'schen Monographie «Zur Lehre von dem freien Ermessen» usw. in: Grünhuts Zeitschrift Bd. 18, S. 148 ff (Jahrgang 1891).

<sup>337</sup> Tezner, Friedrich: Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, Wien 1888; ebenso ders.: Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. Kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, Leipzig/Wien 1924.

<sup>338</sup> Ehmke bezeichnet die weitere Entwicklung als Annäherung des Bernatzikschen an den Teznerschen Standpunkt, a. a. O., S. 19.

<sup>339</sup> Bažil, Zdeněk, a. a. O., S. 8.

während die richterliche Tätigkeit streng durch das Gesetz bestimmt wäre und die Anwendung von Rechtsnormen auf den konkreten Einzelfall nur auf der Grundlage des strengen logischen Syllogismus zu bestimmen hätte.

„Dem Gericht ist das Gesetz der Zweck, der Verwaltung nur Grenze ihrer Tätigkeit. Die Verwaltung ist tätig im Interesse des Gemeinwohls, das Gericht entscheidet über die Verletzung privater Rechte, löst den Streit zwischen den Parteien, während die Verwaltung Kläger und Richter ist.“<sup>340</sup>

Als Vertreter dieser Richtung ist vor allem *Edmund Bernatzik* zu nennen, dessen Erwägungen über unbestimmte Rechtsbegriffe und freies Ermessen die Judikatur des damaligen Wiener Verwaltungsgerichts stark beeinflusst haben. In seiner Abhandlung „Rechtsprechung und materielle Rechtskraft“ von 1886 vertrat dieser die Ansicht, dass

„je mehr sich ein Urteil über tatsächliche Momente der allgemeinen Controle entzieht, desto mehr geht es in das Gebiet des technischen Ermessens über. Es gibt eben auf allen Gebieten geistiger Tätigkeit eine Grenze, über welche hinaus Dritte die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der gezogenen Schlüsse nicht mehr constatiren können. Es können dann Dritte a n d e r e r Ansicht sein, sie können aber nicht behaupten, sie allein hätten die richtige Ansicht, die des Andern sei falsch; würden sie es gleichwohl behaupten, so behielte doch jeder s e i n e Meinung und man würde ihnen nicht glauben.“<sup>341</sup>

Die Schlussfolgerungen der Verwaltungsbehörde darüber, ob etwas im öffentlichem Interesse liegt oder nicht, erachtete *Bernatzik* als den fachlichen Beurteilungen der Sachverständigen in Fragen des technischen Ermessens gänzlich gleichwertig. Darauf aufbauend erblickte er den Unterschied zwischen dem Urteil des Sachverständigen und der Entscheidung der Verwaltungsbehörde darin, dass mit dem Urteil über die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm ein Mittelglied zwischen diesem sachverständigen Urteil und der Entscheidung liegt.

„Ist die gesetzliche Kategorie so vag, dass sie geradezu nur das Erkennen des öffentlichen Interesses oder des allgemeinen Besten erheischt, so ist die Rechtsnorm, die dann zur Anwendung kommt, der allgemeine Befehl der Rechtsordnung, so zu handeln, wie es n a c h d e r M e i n u n g d e s U r t e i l e n d e n im öffentlichen Interesse gelegen ist. Daher zeigt sich die Verletzung dieses Gebots erst dann, wenn sich constatiren lässt, dass diess nicht geschah. Diese Constatirung

---

<sup>340</sup> Bažil, Zdeněk, a. a. O., S. 8.

<sup>341</sup> Bernatzik, Edmund, a. a. O., S. 43.

wird freilich bloß dann gelingen, wenn sich zugleich eine Pflichtverletzung nachweisen lässt: in Sachen des „freien“ Ermessens begründet der nachweisbare Verstoss gegen eine Rechtsnorm *stets* eine strafrechtlich oder disziplinar ahnbare Pflichtverletzung.<sup>342</sup>

Daraus leitete er dann sein abschließendes Kredo<sup>343</sup> ab:

„In Sachen technischen Ermessens ist, soweit dieses reicht, eine Rechtscontrole der Verwaltungsgerichte undenkbar, sofern nicht eine dolose oder culpose Pflichtwidrigkeit constatirbar ist. Wo darüber hinaus scheinbar ein Verwaltungsgericht in Ermessenssachen judiziert, unterscheidet es sich in Nichts von einer gewöhnlichen Verwaltungsbehörde. Es entsteht dann eine sogenannte Doppelverwaltung, indem zwei verschiedene von einander unabhängige Organismen, Verwaltungsbehörden und –Gerichte darüber befinden, ob eine Massregel im öffentlichen Interesse liegt oder nicht. Ob ein solcher Zustand wünschenswert ist bleibt hier außer Betracht.“<sup>344</sup>

Dem Begriff des öffentlichen Interesses wurde folglich der Charakter einer objektiv nachprüfbaren Sachnorm ab- und der einer subjektiven Verhaltensnorm zugesprochen.<sup>345</sup>

Unter dem Einfluss der Ansicht von *Bernatzik* - geleitet vom Bestreben, den notwendigen Rechtsschutz der einzelnen Bürger festzustellen, aber gleichzeitig auch das Interesse der Verwaltung an der Bewahrung eines weitestmöglichen Raumes für ihr Ermessen zu respektieren - entwarf das österreichische Verwaltungsgericht die Lehre der beiden Funktionen von *Rechtsbegriffen*, deren Inhalt als vage anzusehen war.<sup>346</sup> Danach hängt es von jeder einzelnen Rechtsvorschrift ab, ob es sich im Fall eines konkreten Begriffs um einen gerichtlich überprüfbar oder die verwaltungsgerichtliche Überprüfungsbefugnis übersteigenden Rechtsbegriff handelt. Die durch diese Unterscheidung hervorgerufene Schwierigkeit, dass der Begriff in einem Gesetz als gerichtlich überprüfbar und im anderen mit zugrundeliegender Ermessensermächtigung auftrat, führte in der Entscheidungstätigkeit der Verwaltungsbehörden zu verschiedenen, willkürlichen Schlussfolgerungen.<sup>347</sup> Die Unsicherheit bei einer derartigen Klassifikation von Rechtsbegriffen hatte auch eine

---

<sup>342</sup> Bernatzik, Edmund, a. a. O., S. 44.

<sup>343</sup> So Bažil, Zdeněk, a. a. O., S. 9.

<sup>344</sup> Bernatzik, Edmund, a. a. O., S. 46.

<sup>345</sup> Vgl. Ehmke, a. a. O., S. 13, der darin die Wurzel für die Rede vom „pflichtmäßigen“ Ermessen erblickt (a. a. O., S. 14).

<sup>346</sup> Vgl. auch Wacup, Gesine: Das freie Ermessen und der Beurteilungsspielraum im unbestimmten Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Köln Diss. 1963, S. 28.

<sup>347</sup> Bažil, Zdeněk, a. a. O., S. 9.

Bedrohung des Rechtsschutzes der Bürger und eine Schmälerung der Einflussnahme der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Folge, die ihre Überprüfungsbefugnis nur in begrenztem Umfang geltend machen konnte.<sup>348</sup> Die Tatsache, dass die auf Ermessen der Verwaltungsbehörde gründende Verwaltungsentscheidung nicht der gerichtlichen Überprüfung unterlag und die Verwaltung in unmittelbar die Rechte und Interessen der einzelnen Bürger berührenden Angelegenheiten faktisch eine autonome Behördenstellung innehatte, rief in juristischen Kreisen Protest hervor.

#### bb) Die Ansicht von Tezner

Es kristallisierte sich so die zweite entfaltete, von der gänzlich entgegengesetzten Auffassung der Beziehung von Verwaltung und Gerichtsbarkeit ausgehende Tendenz heraus, die die Betonung darauf legte, im Interesse eines erhöhten Schutzes bürgerlicher Rechte die Rechtsnormen mit unbestimmten Rechtsbegriffen und freiem Ermessen der Verwaltungsbehörde anwendende Verwaltungsentscheidung der Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts zu unterziehen.<sup>349</sup>

Vertreter dieser Denkrichtung war *Friedrich Tezner*, der das gegebene Problem, die Auslegung dieser Begriffe nur dem Verwaltungsorgan zu überlassen, als unvertretbare Vereinfachung ansah und nicht damit einverstanden war, dass der Eingriff in die Rechte und Freiheiten der Bürger nur von der subjektiven Ansicht der Verwaltungsbehörde abhängen soll.

„Das wäre nämlich, wie wenn man aus der Schwierigkeit der Lösung der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten einer genauen Bestimmung einer privatrechtlichen Vollmacht entspricht, ableiten wollen würde, dass die geeignetste Lösung sein wird, die Feststellung des Inhalts dieser Bestimmung der Ermessensermächtigung anheim zu stellen.“<sup>350</sup>

War also die Lehre *Bernatziks* in zahlreichen Fällen angreifbar, so rief diese auch die Kritik *Tezners* deshalb hervor, weil sie eine problematische Rechtsprechung des österreichischen

---

<sup>348</sup> Ehmke, a. a. O., S. 14, Fn. 12, bemerkt hierzu, dass für diese Judikatur der Umstand, dass der Verwaltungsgerichtshof als Zentralgericht keine Tatsacheninstanz war, im Übrigen weit bedeutender gewesen sein mag als der Einfluss der Lehre Bernatziks.

<sup>349</sup> Bažil, Zdeněk, a. a. O., S. 9.

<sup>350</sup> Tezner, Friedrich: Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. Kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, Leipzig/Wien 1924.



Verwaltungsgerichtshofs rechtfertigte.<sup>351</sup> Das Gesetz über den österreichischen Verwaltungsgerichtshof vom 20. Oktober 1875 deklarierte in § 2 Absatz 1 den Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung in allen Fällen zuständig, in denen jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung in seinen Rechten verletzt zu sein behauptete, schloss aber in § 3 lit. e solche Angelegenheiten von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs aus,

„in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind“.

In zahlreichen Fällen erklärte sich der Gerichtshof unter Berufung darauf für unzuständig, in denen zwar eine Rechtsverletzung des Klägers behauptet wurde, es sich aber um die Anwendung gewisser unbestimmter Begriffe handelte.<sup>352</sup>

Tezner vertrat dagegen die Ansicht, dass die Ermessensklausel als Zuständigkeitsregelung insoweit überflüssig wäre, weil sie nur eine negative Formulierung der Generalklausel darstellte, nach der nur wegen behaupteter eigener Rechtsverletzung Klage erhoben werden könnte. Unter Hervorhebung des Postulats, dass eben gerade kein Anspruch – für jenes Teilgebiet des *F. F. Mayerschen* Ermessensbereichs, in dem die Verwaltung nicht durch subjektive öffentliche Rechte beschränkt war<sup>353</sup> - bestehe, bestand er auf dem Erfordernis objektiver Rechtskontrolle. Ausnahmen müssten ausdrücklich festgeschrieben werden. Es käme dann auf „Vorsicht und Umsicht“, „Verständnis und Takt“ der Verwaltungsgerichte an.<sup>354</sup> Später sprach er von „Vertretbarkeit“ und zur Aufhebung führender „evidenter“ Unrichtigkeit.<sup>355</sup> Von „freiem Ermessen“ könnte im Gegensatz zu „unbestimmten Rechtsbegriffen“ nur insoweit gesprochen werden, als das Gesetz der Verwaltung die „Wahlfreiheit“ zwischen verschiedenen Möglichkeiten des Vollzugs ließe; diese Wahlmöglichkeit wäre von der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung wegen Beschränkung auf die objektive Rechtskontrolle nicht umfasst.<sup>356</sup>

---

<sup>351</sup> Ehmke, a. a. O., S. 14.

<sup>352</sup> Ehmke, a. a. O., S. 14.

<sup>353</sup> So Ehmke, a. a. O., S. 14 ergänzend.

<sup>354</sup> Vgl. Tezner, Friedrich: Die Deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, 1901, Sonderdruck aus Verwa.Arch. Bd. VIII, S. 220, 475; Bd. IX, S. 159, 515, S. 187.

<sup>355</sup> Tezner, Friedrich: Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. Kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, Leipzig/Wien 1924, S. 159, 160.

<sup>356</sup> Vgl. Tezner, F.: a. a. O., S. 69 f; Tezner, Friedrich: Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, 1888, S. 13 f., 29.

Wie also bereits für die Trennung von Justiz- und Regierungssachen unter konstitutioneller Verselbständigung der Gesetzgebung zur „gesetzgebenden Gewalt“ bemerkt *Ehmke*, dass ein weiteres Stück der ursprünglichen Ermessensproblematik an der verwaltungsgerichtlichen „Klagevoraussetzung“ hängengeblieben sei.<sup>357</sup>

*Ehmke* erachtet die Arbeiten *Tezners* außer für die weitere Einengung des Ermessensproblems durch die Abspaltung des Problems der verwaltungsgerichtlichen Klagevoraussetzungen im Besonderen für die Trennung von als „Wahlfreiheit“ zwischen verschiedenen Vollzugsmöglichkeiten verstandenem „Ermessen“ und „unbestimmten Rechtsbegriffen“ bedeutsam und erblickt in diesem Ermessensverständnis die Wurzel für die zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgeseite einer Norm hinsichtlich der Frage nach der Klassifikation als Ermessen oder unbestimmter Rechtsbegriff unterscheidende Lehre.<sup>358</sup> Aus seiner Sicht war das noch bei *F. F. Mayer* offengebliebene Problem des Umfangs der gerichtlichen Kontrolle auf der einen Seite in der *Bernatzik'schen* These von der subjektiven Pflichtenkontrolle, auf der anderen Seite in der Forderung nach „Verständnis und Takt“ der Gerichte sowie in der Betonung eines „Ermessensspielraums“ für jeden Normvollzug verborgen.<sup>359</sup> Die weitere Entwicklung stellt sich insoweit als Annäherung des *Bernatzik'schen* an den *Teznerschen* Standpunkt dar: einerseits durch die Einschränkung des Umfangs des sog. „technischen Ermessens“ im Bereich der „unbestimmten Begriffe“, andererseits durch den Ausbau der Lehre von den sog. „Ermessensfehlern“.<sup>360</sup>

#### cc) Die weitere Entwicklung des Begriffsverständnisses

In der Folge schränkte die Literatur, so bekanntermaßen *Karl von Lemayer*<sup>361</sup>, *Rudolf von Laun*<sup>362</sup> und *Walter Jellinek*<sup>363</sup> den Bereich der verwaltungsgerichtlich nicht nachprüfaren unbestimmten Rechtsbegriffe ein.<sup>364</sup>

---

<sup>357</sup> *Ehmke*, a. a. O., S. 8 f. und 15.

<sup>358</sup> *Ehmke*, a. a. O., S. 18 f.

<sup>359</sup> *Ehmke*, a. a. O., S. 19.

<sup>360</sup> *Ehmke*, a. a. O., S. 19, verweisend auf die Darstellung von Jöhr, Eduard: Die verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens, Aarau Verlag H. R. Sauerländer & Co. 1931, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft. Neue Folge, Heft 25, Kapitel 3 und 4.

<sup>361</sup> *Lemayer*, Karl von: Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Grünhuts Zeitschrift Bd. 22, S. 353 ff (Jahrgang 1895). Nach *Ehmke* nahm dieser insofern eine Sonderstellung ein, als er *Bernatzik's* negative Ermessensbestimmung (Ermessen=Unmöglichkeit objektiver Kontrolle) durch eine positive Bestimmung ersetzte. Diese bezeichnete das Ermessen als einen gesetzlichen „Vorbehalt“ eines Bereichs für die Verwaltung zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben. Die Abgrenzung von „Rechtsschutz“- und „Verwaltungs-Aufgaben“ lasse sich „niemals nach einer allgemeinen Begriffsbestimmung“, sondern nur im konkreten Fall vornehmen, a. a. O., S. 450 f., 455. Insoweit klinge hier also noch einmal das ursprüngliche Ermessensproblem des Verhältnisses von staatlicher Gestaltung und Recht durch.

*Bernatzik* begrenzte seine ursprüngliche These von der verwaltungsgerichtlichen Unüberprüfbarkeit des „technischen Ermessens“ dadurch, dass er – ausgehend von seiner Vorstellung einer straf- und disziplinarrechtlichen subjektiven Pflichtenkontrolle – im Fall einer offensichtlichen Pflichtverletzung auch die verwaltungsgerichtliche Aufhebung von Verwaltungsakten für zulässig deklarierte. Diese Lehre von den Ermessensfehlern wurde von den Verwaltungsgerichten ausgebaut.<sup>365</sup>

Vom Standpunkt der ursprünglichen Lehre *Tezners* aus wurde diese Entwicklung methodisch als Rückschritt empfunden<sup>366</sup> oder sah sich dem Vorwurf ausgesetzt, dass sie das, was sie einerseits als „Rechtskontrolle“ ablehne, andererseits durch die Hintertür wieder als „Ermessenskontrolle“ hereinbringe<sup>367</sup> - sie war aber von grundsätzlicher Bedeutung: zunächst – ausgehend vom Verwaltungshandeln – untergrub sie die mit der Auffassung der Verwaltung als Gesetzesanwendung verbundene Vorstellung der ausschließlichen Bindung der Verwaltung an das von ihr anzuwendende Gesetz, indem sie für die rechtliche Gebundenheit der Verwaltung auf die gesamte Rechtsordnung zurückgriff; darüber hinaus unterminierte die Lehre die Dreiteilung des Ermessensbereichs der Verwaltung in die Problembereiche der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit, der „Wahlfreiheit“ der Verwaltung und der „unbestimmten Rechtsbegriffe“.<sup>368</sup>

Wie oben angeklungen trug der neue Zugang zur Beurteilung der Bedeutung richterlicher Autorität bei der Anwendung straf- und bürgerlichrechtlicher Normen zum neuen Verständnis von unbestimmten Rechtsbegriffen und freiem Ermessen bei. Die Entwicklung gipfelte in der Annahme des erwähnten Oktobergesetzes Nr. 36/1875 Rslg. und seinen Novellen, das auch zum Vorbild für das tschechoslowakische Novembargesetz Nr. 3/1918 Slg. wurde, durch das das damalige tschechoslowakische Oberste Verwaltungsgericht errichtet wurde.

---

<sup>362</sup> Laun, Rudolf von: Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910; ders.: Zum Problem des freien Ermessens, in der Festschrift für Ernst Zitelmann zu dessen 60. Geburtstag, München 1913.

<sup>363</sup> Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und –verfügungen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1913, Scientia Verlag Aalen 1964; ders.: Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 1928.

<sup>364</sup> Vgl. Ehmke, H.: a. a. O., S. 20 ff.

<sup>365</sup> Ehmke, H.: a. a. O., S. 20.

<sup>366</sup> So z. B. Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart und Leipzig 1914, S. 516.

<sup>367</sup> Vgl. Jöhr, E.: a. a. O., Kapitel 4.

<sup>368</sup> Vgl. Ehmke, H.: a. a. O., S. 20 f.

Das erwähnte österreichische Gesetz errichtete das Verwaltungsgericht in Wien als einzige verwaltungsgerichtliche Institution. Die dadurch ausgeübte Verwaltungsgerichtsbarkeit gründete *a posteriori* auf dem Prinzip der Überprüfungstätigkeit, die nur den Schutz öffentlicher subjektiver Rechte gewährte.<sup>369</sup> Das Verwaltungsgericht durfte keine Tatsachenfeststellung vornehmen, konnte nur kassatorisch entscheiden, konnte aber nicht das freie Ermessen der Verwaltungsorgane überprüfen. Gegenstand seiner Entscheidungen konnte nur die Aufhebung der angefochtenen Verwaltungsentscheidung sein, und das nur wegen Gesetzeswidrigkeit, die die Verletzung eines öffentlichen subjektiven Rechts zur Folge hatte. Die Übernahme des rein kassatorischen Entscheidungsmodells in das Oktobergesetz war Ausdruck der lange vertretenen Meinung über die Notwendigkeit einer konsequenten Trennung der Verwaltung und Justiz dadurch, dass die Unterordnung der Verwaltung unter die Gerichtsbarkeit ihre völlige Lähmung zur Folge hätte. Die Begrenzung des verwaltungsgerichtlichen Machtbereichs mit rein kassatorischer Befugnis gewährte überhaupt keinen Rechtsschutz im Falle der Untätigkeit der Verwaltungsorgane. Eine Regelung dieser Befugnis im Sinne ihrer Erweiterung brachte das gemeinsame Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920 (BGBl. Nr. 1/1920) durch die negativ formulierte Bestimmung, nach der es nicht um eine Rechtsverletzung geht, soweit das Verwaltungsorgan nach freiem Ermessen entschied und dieses Ermessen im Sinne des Gesetzes getätigt wurde. Diese Formulierung ermöglichte es, dass das Verwaltungsgericht die Entscheidungen der Verwaltungsorgane überprüfen konnte, bei denen es zum Ermessenmissbrauch oder zur Ermessensüberschreitung kam. Dadurch erlangte auch die langjährige Praxis des österreichischen Verwaltungsgerichts ihre verfassungsmäßige Legitimation.

Einen wichtigen Durchbruch im Kompetenzverständnis des freien Ermessens als ausschließlich den Organen der Verwaltung korrespondierende Kategorie brachte die Novelle vom 9. Oktober 1946 (BGBl. Nr. 212/1946), die dem Verwaltungsgericht die Befugnis übertrug, selbständig in Angelegenheiten im Falle der Untätigkeit des Verwaltungsorgans zu entscheiden, bei denen auf das Verwaltungsgericht auch die Befugnis überging, nach freiem Ermessen anders gegenüber dem zuständigen säumigen Verwaltungsorgan zu entscheiden. Dadurch wurde dem Verwaltungsgericht neben der kassatorischen Befugnis auch eine meritorische Entscheidungsbefugnis übertragen.<sup>370</sup>

Die Rechtsterminologie passte sich an die oben angedeuteten Entwicklungstendenzen an.

---

<sup>369</sup> Bažil, Zdeněk, a. a. O., S. 10.

<sup>370</sup> Vgl. Ress, Georg: Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine rechtsvergleichende Studie zum österreichischen und deutschen Recht, Springer Wien (u. a.) 1968, S. 42 ff.

*Bažil*<sup>371</sup> konstatiert dazu lapidar:

„Während in der ersten Phase sich die in den Rechtsnormen enthaltenen Begriffe in solche gliederten, die die Möglichkeit des freien Ermessens (Ermessensbegriffe) durch das Verwaltungsorgan begründeten, und in andere, die als Rechtsbegriffe bezeichnet wurden, überwog der Begriff „Rechtsbegriff“ und wurde irgendwie universal für alle Begriffsarten in der weiteren Phase, sodass endlich der Begriff „unbestimmter Rechtsbegriff“ als Gegenpol zu den bestimmten Begriffen angenommen wurde.“

Schrittweise ließ man von der Grundlegung der Betonung von Begriffsfunktionen ab und ging zur Hervorhebung der Bedeutungsseite der Rechtsbegriffe über.

Auch in Deutschland wurde ursprünglich die oben erwähnte Lehre von den zwei Funktionen unbestimmter Rechtsbegriffe allgemein anerkannt.<sup>372</sup> Später, vor allem nach der unter dem Bonner Grundgesetz wieder aufgenommenen Diskussion, begann die Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>373</sup> – unter Aufgabe der Einsicht in die Einheitlichkeit des Ermessensproblems<sup>374</sup> – alle unbestimmten Rechtsbegriffe als Rechtsbegriffe anzusehen. Das Ergebnis bildet mit einem Dualismus von nicht nachprüfbarem „Ermessen“ und grundsätzlich nachprüfbarem „unbestimmten Rechtsbegriff“ bis heute die herrschende Lehre.<sup>375</sup>

Das Herantreten der Verwaltungsgerichtsbarkeit an die Problematik der unbestimmten Rechtsbegriffe rief jedoch bei den Verwaltungsbehörden Unmut hervor, denn diese erblickten darin eine Beschränkung des Raums für Verwaltungsermessen. Unter Betonung des

---

<sup>371</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 11.

<sup>372</sup> Bspw. vertrat W. Jellinek die Einsicht in die Einheitlichkeit des Ermessensproblems vom „unbestimmten Rechtsbegriff“ her, differenzierte nach dem Kriterium der objektiven Bestimmbarkeit und sah freies Ermessen vornehmlich auf dem Gebiet der subjektiven Wertbegriffe, Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und –verfügungen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1913, Scientia Verlag Aalen 1964, S. 188 ff. und ders.: Verwaltungsrecht, 3. Auflage 1931, S. 28 ff.; vgl. auch Jöhr, E.: a. a. O., S. 74-76.

<sup>373</sup> BverwGE 8, 272 (275); BverfGE 9, 137 (148); siehe auch BverfGE 11, 168 (192).

<sup>374</sup> Zur Grundlegung von Ermessensbegriffen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit bis 1955/56 vgl. Rode, Lars-Henrik: § 40 VwVfG und die deutsche Ermessenslehre, Schriften zum deutschen und europäischen öffentlichen Recht, hrsg. von Steffen Detterbeck, Peter Lang Frankfurt am Main 2003, S. 16 f. m.w.N. auch aus der Rechtsprechung scheinbar in Anknüpfung an die Judikatur des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs. Ders. führt die neue Ermessenskonzption auf die Abhandlung von Reuß, Hermann: Das Ermessen, DVBl. 1953, 585 ff. zurück.

<sup>375</sup> Instruktiv vgl. Ehmke, H.: a. a. O., S. 23 f. mit zahlreichen Nachweisen, der die Entfernung von der Teznerschen Unterscheidung in Erinnerung ruft, dass angesichts der Vielfalt der Lebensverhältnisse jede Norm der Verwaltung eine gewisse „Wahlfreiheit“, ein Ermessen im Vollzug einräume, vgl. S. 24 und der – seiner Ansicht nach auf dünnem Boden stehenden – psychologischen Differenzierung nach „freiem“ und „gebundenem“ denn in „volitives“ und „kognitives“ Ermessen die Ausführungen Werner Flume (Steuerwesen und Rechtsordnung, in: Festgabe für Rudolf Smend, Schwartz Göttingen 1952) über den juristischen Unterschied von „Handlungs“- und „Urteilsermessen“ vorzieht, S. 59, 78 mit Anm. 43; eingehend auch Jesch, Dietrich: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 1957 (Band 82), 163, 164.

Rechtsstaatsprinzips mit seinen entsprechenden Ausprägungen (dem Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes sowie der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Absatz 4 GG) sollten Freiräume der Verwaltung aus dem Tatbestand verbannt werden.<sup>376</sup> Die unbestimmten Rechtsbegriffe wurden Gegenstand der Aufmerksamkeit von Rechtswissenschaft und Praxis.<sup>377</sup> Die Lehre von den beiden Funktionen und ihrer vollen Überprüfbarkeit durch das Verwaltungsgericht wurde wiederbelebt.

Es traten beide extreme Ansichten in Erscheinung, unter denen gemäß den Einen die unbestimmten Rechtsbegriffe der Verwaltung eine Ermessensermächtigung darstellen, gemäß den Anderen in vollem Umfang der gerichtlichen Überprüfung unterliegen. Es bildete sich auch die Auffassung heraus, dass den Verwaltungsgerichten die Befugnis übertragen worden wäre, eigenständig nach der Natur des Einzelfalls über den Umfang ihrer Überprüfungsbefugnis zu entscheiden.

In der Literatur forderte aber eine Richtung in Anlehnung an das österreichische Modell, das auch vom ehemaligen Obersten Tschechoslowakischen Verwaltungsgericht übernommen wurde, der Verwaltung bei der Anwendung von Rechtsnormen mit unbestimmten Rechtsbegriffen Raum für freie, ihrer Fachkenntnis entsprechende Wertungen des ermittelten Tatbestandes zu belassen.<sup>378</sup>

Der überwiegenden Teil der abweichenden Ansichten, der sich im Zusammenhang mit der Ermessensproblematik auf die Seite der Rechtslehre gestellt hat, wurde von *Hans-Joachim Koch*<sup>379</sup> systematisch herausgearbeitet und durch seine Anmerkungen ergänzt, der die bisherigen Erkenntnisse um einen neuartigen Überblick vor allem durch die Orientierung an der semantischen Struktur der unbestimmten Rechtsbegriffe bereichert hat.

Reichhaltiges Studienmaterial liefert auch die Judikatur des ehemaligen Obersten Tschechoslowakischen Verwaltungsgerichtshofs (das ehemalige NSS<sup>380</sup>). Nach der samtenen Revolution war - nach so vielen Jahren der Entbehnung<sup>381</sup> - der Weg wieder frei für die gerichtliche Überprüfung rechtskräftiger Entscheidungen der Verwaltungsorgane, konnte die bisherige Erfahrung den Gerichten wirksame Hilfe auch bei ihrer neuen Aufgabe als Garant der Gesetzlichkeit bei Entscheidungen gesellschaftlicher Beziehungen durch Verwaltungsorgane werden. Diese hatten bisher beim Vollzug der Entscheidungstätigkeit eine dominierende Stellung; nicht nur, dass sie in Angelegenheiten entschieden, sondern auch

---

<sup>376</sup> So Rode, L.-H.: a. a. O., S. 16 f.

<sup>377</sup> Vgl. die erwähnte Untersuchung von Reuß, G.: a. a. O. (Fn. 139).

<sup>378</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 12 mwN (Fn. 7).

<sup>379</sup> Koch, Hans-Joachim: Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht – Eine logische und semantische Studie zur Gesetzbindung der Verwaltung, Metzner Frankfurt am Main 1979 (Dispositionsbegriffe, S. 16 ff.; Wertbegriffe, S. 21 ff.; mehrdeutige Ausdrücke, S. 29 ff.; Typusbegriffe, S. 31 ff.; Generalklauseln, S. 32 f. und Leerformeln, S. 42 f.).

<sup>380</sup> Das ehemalige Tschechoslowakische Oberste Verwaltungsgericht=bývalý Nejvyšší Správní Soud (ehemaliges NSS).

<sup>381</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 12.

allein beurteilten, in der Regel aus Anlass des Protestes der Prokuratur, ob sie ihre Entscheidungen im Einklang mit dem Gesetz verabschiedeten. Das letzte Wort wird bei den Gerichten liegen. Insoweit ist bereits der Rechtsprechung des ehemaligen NSS größte Aufmerksamkeit zu schenken.<sup>382</sup> Als Einführung wird zuvor ein Entwurf der grundlegenden rechtstheoretischen Erkenntnisse gegeben.

dd) Die rechtstheoretischen Grundlagen von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen des Verwaltungsorgans bei der Anwendung von Normen des Verwaltungsrechts

aaa) Unbestimmte Rechtsbegriffe (*neurčité právni pojmy*)

(1) *Grundlegende rechtstheoretische Erkenntnisse unbestimmter Rechtsbegriffe*

(i) *Wesen und Anforderungen unbestimmter Rechtsbegriffe*

Bei der Anwendung von unbestimmte Rechtsbegriffe beinhaltenden Rechtsnormen (z. B. „öffentliches Interesse“ („*verejný zájem*“), „allgemeines Interesse“ („*obecný zájem*“), „öffentliche Ordnung“ („*verejný porádek*“), „örtlicher Bedarf“ („*místní potřeba*“), „dienstliche Gründe“ („*služební důvody*“), „Befähigung“ („*způsobilost*“), „Zuverlässigkeit“ („*spolehlivost*“), „nachts“ („*v noci*“) u. A.) wird der Rechtsanwender einerseits vor die Frage gestellt, welche Bedeutung dieser Begriff hat und andererseits welche Tatsachen des konkreten Falles sich unter ihn subsumieren lassen.<sup>383</sup>

Der Schlüssel zur Suche einer Antwort auf die gestellten Fragen ist im unbestimmten Rechtsbegriff selbst, seiner inneren Struktur, in den Elementen zu sehen, die ihn bilden, wie auch im Zusammenhang mit anderen, im Text der Rechtsvorschrift angeführten Begriffen, deren anzuwendende Rechtsnorm ausgeführt wird. Er ist Teil des juristischen Begriffswortes, dem in der juristischen Fachliteratur Aufmerksamkeit im Rahmen der Problematik der sog. Rechtssprache (*právní jazyk*) gewidmet wird, und das vor allem mit besonderer Rücksicht auf den Bedarf der Legislative und die wissenschaftliche Tätigkeit.<sup>384</sup> Der Ausdruck setzt sich aus

---

<sup>382</sup> Zur höheren Instruktivität wird bei der Ordnung ausgewählter Entscheidungen eine bündige Beschreibung des abzuhandelnden Falles und der Entscheidung des Verwaltungsorgans gegeben, auch wird der Rechtssatz zitiert, der die Rechtsansicht des NSS verkörpert.

<sup>383</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 13.

<sup>384</sup> Knapp, Viktor: Právní pojmy a právní terminologie (Rechtsbegriff und Rechtsterminologie), Bulletin Ústavu státní správy, Praha Nr. 4/1978; Luby, Š.: Slovenská právna terminológia – vývin, stav, výklady (Slowakische Rechtsterminologie – Entwicklung, Stand, Auslegungen), Právnické štúdie Nr. 4/1953, S. 201.

drei Wörtern zusammen, dem Substantiv „Begriff“ (*pojem*) und den Adjektiven „unbestimmt“ (*neurčitý*) und „rechtlich“ (*právní*)<sup>385</sup>. Im Hinblick auf diese Wortkomponenten ist ein Darlegung des Wesens und der Funktion unbestimmter Rechtsbegriffe für das Verständnis der Standpunkte des ehemaligen NSS und - in dessen Nachfolge – der neueren Verwaltungsgerichtsbarkeit unerlässlich.

(ii) *Begriff (pojem)*

Aus sprachlicher Sicht bildet das Wort „Begriff“ („*pojem*“) das grundlegende Merkmal. Auf diese Frage, was unter diesem Wort zu verstehen ist, haben verschiedene Autoren verschiedene Antworten gegeben. Die Einen erblicken das Wesen des Begriffs in der Verbindung des wörtlichen Ausdrucks und seiner Bedeutung.<sup>386</sup> Nach Anderen beruht das Wesen des Begriffs allein in der Bedeutung des verwendeten wörtlichen Ausdrucks.<sup>387</sup> Einige verstehen unter einem Begriff nur den alleinigen wörtlichen Ausdruck.<sup>388</sup>

Aus gnoseologischer Sicht ist ein Begriff die Form des Abbilds im Denken.<sup>389</sup> In diesem Sinne ist er nach *František Rouček*

„ein bestimmtes gedankliches Schaubild, eine außergewöhnlich vereinfachte Wirklichkeit. Er kennzeichnet die Wirklichkeit nur schematisch und keineswegs übereinstimmend. Diese ist nämlich nicht zuletzt unterschiedlich und ändert sich immerfort. Daher vereinfachen wir sie dadurch, dass wir sie durch sog. Denkinhalte [*tzv. myšlenkové obsahy*]. Folglich ist es keineswegs irgendeine Außenwelt (etwas außer uns), sondern unsere Gedanken (Denkinhalte) sind es, die wir bilden. Die Zusammenfassung solcher Denkinhalte nennen wir Erfahrung [*zkušenost*]. Z. B. gibt nicht zwei gleiche Pappeln an der Straßensenkung; bei jeder von ihnen, in jedem Geäst, Zweiglein, Blättchen, Würzelchen usw. spielen sich in jedem Bruchteil des Inneren Veränderungen ab. Das heißt, dass unser Denkinhalt „Pappel“ [*„topol“*] eine vereinfachte Wirklichkeit ist. Wir sagen „Pappel“, wie auch immer beliebig an der einen Straße, an irgendeinem Ort und zu irgendeiner Zeit.“<sup>390</sup>

<sup>385</sup> Dies gilt für die tschechische (Rechts-)Sprache. In der deutschen Rechtsterminologie ist der Ausdruck substantivisch (Rechts-Begriff).

<sup>386</sup> Essler, Wilhelm Karl: *Analytische Philosophie I*, Alfred Kröner Verlag Stuttgart 1972, S. 104.

<sup>387</sup> Kutschera, Franz von: *Sprachphilosophie*, München 1965, S. 46.

<sup>388</sup> Thaler, Michael: *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, *Forschungen aus Staat und Recht* 59, Springer Wien u. a. 1982, S. 1.

<sup>389</sup> Vgl. Knapp, Viktor: *Teorie práva. Právnícké učebnice. (Rechtstheorie. Juristisches Lehrbuch.)*, C. H. Beck Prag, 1. Auflage 1995, S. 56 ff., in Anlehnung an den Rechtsbegriff von Herbert Lionel Adolphus Hart.

<sup>390</sup> Rouček, František: *Základy právníckého myšlení (Grundlagen des Rechtsdenkens)*, Verlag Barvic a Novotný Brno 1938, S. 30.



Eine weit ausführlichere Untersuchung wäre nötig, damit man darüber ein Urteil aussprechen könnte, ob der erfasste Begriff inhaltlich nicht eng und ob wirklich jeder Begriff bloß ein Vorbild der Wirklichkeit ist. Darüber hinaus ist die alleinige Entstehung des Begriffs ein verhältnismäßig schwieriger Prozess, dessen näheres allseitiges Studium neben der Gnoseologie, vor allem in den Bereich der Psychologie fällt.<sup>391</sup> Der Denkprozess der Begriffsbildung schließt den Vergleich (Feststellung der Ähnlichkeiten und Unterschiede durch Vergleich der Gegenstände und der Erscheinungen) die Analyse (Zerlegung der folgenden Erscheinungen und Gegenstände in Teile oder in einzelne Eigenschaften) und die Synthese (Zusammenfassung der festgestellten Teile im Ganzen, Zusammenfügung der einzelnen Eigenschaften in einer begrifflichen Einheit) ein.<sup>392</sup> Nach *Bažil* kann auf die Ergebnisse der Schrift *Horst Eckmanns* verwiesen werden, zu denen *Ludwig Wittgenstein* auf Grundlage seiner Untersuchung der Funktion der Sprache gelangte.<sup>393</sup> Dieser betrachtete ursprünglich Sätze in ihrer logischen Form als Bilder der Wirklichkeit und Wörter als Bezeichnungen der Gegenstände, um später seine Ansicht zu korrigieren und zur Erkenntnis zu gelangen, dass sich in nur dieser Weise nicht alle Möglichkeiten des Wortgebrauchs erschöpfen. Die Wörter daneben können auch verwandt werden als Ausdruck eines Befehls, einer Bitte, eines Vorschlags, einer Frage, so dass in diesen Fällen unmöglich über die Dinge gesprochen werden kann, die Sprache hat dann eine andere Funktion.<sup>394</sup> Nach der Begriffsauffassung von *Rouček* gibt es für die Lösung der Problematik der unbestimmten Rechtsbegriffe zwei relevante Schlussfolgerungen:

Einerseits ist menschliche Erkenntnis relativ, es existieren keine zwei Individuen, die gänzlich in allen Details miteinander übereinstimmen würden, und dass absolute Gleichheit nur in der Mathematik existiert, woanders ist sie nur relativ. Darum lassen sich auch als absolut bestimmte Begriffe im Recht nur solche ansehen, die Zahlenangaben zum Ausdruck der Entfernung, Zeit oder Geldangaben (z. B. die Gebührenhöhe, der Schadensersatz) verwenden. Andere Begriffe sind nur teilweise bestimmt, wenn es um ins Recht aus der Schriftsprache übernommene Begriffe (z. B. „Dunkelheit“, „Gefahr“) oder um eigens durch die Rechtswissenschaft gebildete Begriffe (z. B. „Rechtswidrigkeit“, „Rechtsvorschrift“) geht.<sup>395</sup>

---

<sup>391</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 14.

<sup>392</sup> Weinberger, Ota: Logika. Učebnice pro právníky (*Logik. Ein Lehrbuch für Juristen*), SPN Praha 1959.

<sup>393</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 14.

<sup>394</sup> Eckmann, Horst: Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie, Duncker & Humblot Berlin 1969, S. 105 ff.

<sup>395</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 14 f.

Andererseits stellt der Begriff eine reine im menschlichen Geist geformte Abstraktion dar. Auch der Rechtsbegriff ist eine reine gedankliche Abstraktion, herausgebildet durch die Rechtswissenschaft, die ihre Konkretisierung durch die wörtliche Äußerung in der Gestalt des in der Rechtsvorschrift verwendeten Ausdrucks erlangt.<sup>396</sup>

Im Weiteren ist für unbestimmte Rechtsbegriffe das Begriffsverständnis aus Sicht der Logik von Interesse. Danach ist ein Begriff definiert durch zwei Elemente: den Ausdruck (*výraz*) (durch den er geäußert wird) und den Gegenstand (*předmět*) (durch das, was er ausdrückt).<sup>397</sup> Der Ausdruck ist eine Einheit sprachlicher Erscheinung. Entweder bildet ihn ein Wort (ein Substantiv z. B. Staat, Gericht oder ein Verb z. B. verschulden, bezeugen), und dann spricht man von einwortigen bzw. -silbigen Ausdrücken, oder ihn bilden zwei oder mehr Wörter, gegebenenfalls Sätze oder Nebensätze (z. B. Kaufvertrag, Verwaltungsverfahren, Überrufung der Entscheidung außerhalb des Berufungsverfahrens), und dann geht es um mehrwortige Ausdrücke. Im Hinblick auf die weitere innere Teilbarkeit lassen sich „atomare“ (*atomární*) Ausdrücke unterscheiden, die nicht weiter teilbar sind und deren Teile keine anderen als ein sprachlicher Ausdruck sind (z. B. im Tschechischen das Wort „*země*“ (Erde)) und „molekulare“ (*molekulární*) Ausdrücke, die als Bestandteile Ausdrücke beinhalten, die selbst eigene atomare Ausdrücke (z. B. setzt sich der Ausdruck „Erdkugel“ („*zeměkoule*“) aus den beiden selbständigen Ausdrücken „Erde“ und „Kugel“ („*koule*“) zusammen) darstellen.<sup>398</sup> Danach, ob sie sprachlich allein oder nur in Verbindung mit anderen Ausdrücken auftreten, können sie auch in selbständige und unselbständige eingeteilt werden; durch die zuletzt erwähnten sind sie in Sätzen Verbindungsstücke oder durch sie sind sie Prädikate<sup>399 400</sup>.

Der Ausdruck ist die Form, in der der Begriff geäußert wird. Sie gibt ihm den Namen (die Bezeichnung) (*název*) und bestimmt auch seine Bedeutung oder legt den Gegenstand des Begriffes fest, gegebenenfalls die Merkmale (Eigenschaften) (*vlastnosti*), durch die der bezeichnete Gegenstand charakterisiert wird. Durch sie kann er entweder ein Individuum (Mensch, Sache, menschliches Verhalten u. Ä.) oder eine Gruppe oder Reihe von Individuen

---

<sup>396</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 15.

<sup>397</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 15; vgl. auch Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut: Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, Beck München 1982, S. 129 mit Verweis auf Frege und Carnap.

<sup>398</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 15.

<sup>399</sup> Prädikat bedeutet philosophisch das, was von einem Subjekt ausgesagt wird, prädikatives Denken die Eigentümlichkeit des rationalen Denkens, nur die Prädikate eines Subjektes, nicht aber das Subjekt selbst erfassen zu können (vgl. Stichwort „Prädikat“ in: Schischkoff, Georgi: Philosophisches Wörterbuch, begründet von Heinrich Schmidt, 19. Auflage, Alfred Kröner Verlag Stuttgart 1974, S. 521 f.

<sup>400</sup> Filozofický slovník (Philosophisches Wörterbuch), Praha 1985, S. 383.

sein. Die Bedeutung (*význam*) des Begriffes pflegt oftmals im Inhalt (*obsah*) des Begriffes gesehen zu werden, während die Beziehung des Begriffs zu seinem Gegenstand als Umfang (*rozsah*)<sup>401</sup> des Begriffes bezeichnet wird. Inhalt und Umfang bilden also die grundlegenden Begriffsmerkmale.

Die Bedeutung des Begriffes lässt sich mit Hilfe semantischer Sprachregeln erklären, zu denen der Begriff gehört.<sup>402</sup> Dieser, der diese Regeln beherrscht, kann die Begriffsbedeutung festlegen, ohne dass sie aus der Erfahrung hervorgehen müsste. Ein anderes Herantreten ist zu wählen, wenn es um die Bestimmung geht, ob ein bestimmtes Individuum Element einer Klasse ist, die den Begriffsgegenstand bildet. In einem solchen Fall reichen die semantischen Regeln nicht mehr aus, zur Erreichung des verfolgten Ziels kann dann die Empirie beitragen. Inhalt und Umfang des Begriffs stehen zueinander in logischer Beziehung. Dabei gilt, dass einem Ausdruck mehrere Gegenstände entsprechen können, aber nicht umgekehrt, dass ein Gegenstand mehreren Bedeutungen entsprechen würde. Wenn also zwei Begriffe dieselbe Bedeutung haben, dann haben sie kongruenten Umfang. Aus dem gleichen Umfang aber kann unmöglich gefolgert werden, dass solche Begriffe auch dieselbe Bedeutung haben müssen.

In sprachlicher Hinsicht ist es freilich möglich, dass mehrere Ausdrücke (die allerdings dieselbe Bedeutung haben) demselben Gegenstand (Synonyma) entsprechen oder ein Ausdruck (mit einem einzelnen Ausdruck) mehreren Gegenständen (Homonyma) zuzuordnen ist.<sup>403</sup>

#### (ii) Rechtsbegriff (*právní pojem*)

Unter einem Rechtsbegriff (*právní pojem*) versteht man entweder einen Begriff über das Recht oder einen Begriff als Gegenstand des Rechts. Während im ersten Fall die spezifische Rechtsauffassung im Sinne einer bestimmten philosophischen Lehre gemeint ist, bedeutet der zweite Fall den durch die Rechtslehre gebildeten Begriff für Zwecke der wissenschaftlichen Arbeit (z. B. die *Bierlingsche*<sup>404</sup> Konstruktion grundlegender von einer konkreten Rechtsordnung unabhängiger, aber allen Rechtsordnungen gemeinsamer Rechtsbegriffe).<sup>405</sup>

---

<sup>401</sup> Bažil, a. a. O., S. 15 spricht hier ebenfalls vom Inhalt (*obsah*). Es handelt sich offensichtlich um eine versehentliche Verwechslung oder ein Redaktionsversehen.

<sup>402</sup> Vgl. Knapp, Viktor: *Teorie práva. Právnícké učebnice*. (Rechtstheorie. Juristisches Lehrbuch.), C. H. Beck Prag, 1. Auflage 1995, S. 122 ff.; ders.: *Teoretické problémy tvorby čs. Práva* (Theoretische Probleme der Bildung des tschechoslow. Rechts), Prag 1983, S. 181 ff.

<sup>403</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 16.

<sup>404</sup> Vgl. Bierling, Ernst Rudolf: *Juristische Prinzipienlehre*. In 5 Bänden. Mohr Freiburg i. B. u.a., Band 1, 1894.

<sup>405</sup> Vgl. Wolff, Karl: *Grundlehre des Sollens. Zugleich eine Theorie der Rechtserkenntnis*. Ein Buch für Juristen und Philosophen, Wagner Innsbruck 1924, S. 55.

Soweit in der juristischen Fachliteratur von Rechtsbegriffen im Zusammenhang mit Rechtsvorschriften gesprochen wird, so werden darin Begriffe gesehen, die in diesen Vorschriften vorkommen. Bei Eingrenzung der Rechtsbegriffe im zuletzt genannten Sinn kommt es zu Meinungsverschiedenheiten.<sup>406</sup> Nach einigen Autoren ist jeder Begriff ein Rechtsbegriff, der in einer Rechtsvorschrift vorkommt.<sup>407</sup> Andere wiederum bezeichnen als rechtlichen Terminus nur den Begriff, der bestimmte Bedingungen erfüllt. So liegt nach *Viktor Knapp* ein Rechtsbegriff vor, wenn dessen Elemente ausdrücklich oder implizit durch das Recht bestimmt sind, also dessen Begriff, dessen Inhalt (und damit auch Umfang) Recht formuliert.<sup>408</sup> Dabei hängt es nicht davon ab, ob es um einen ausschließlich durch das Recht gebildeten Begriff (also einen ausschließlich juristischen Ausdruck) geht oder ob durch den Rechtsbegriff eine allgemeine Bedeutung irgendeines Ausdrucks formuliert wird oder letztlich, ob ein bestimmtes Erfassen ein Begriff auch in einem anderen Bereich des menschlichen Denkens und Erkennens ist, als es der Staat und das Recht ist. Andere Begriffe, seien sie auch in Rechtsvorschriften verwandt, sind keine Rechtsbegriffe, wenn sie die formulierte Bedingung nicht erfüllen. Aber ein allein begrenzendes Kriterium erachtet er nicht als absolute und zulässige Möglichkeit der Entstehung von Zweifel bei der Entscheidung darüber, ob der konkrete Begriff ein rechtlicher ist oder nicht. Nach *Š. Luby* wird ein Rechtsbegriff verstanden als Wort oder Wortgruppe, die im Recht und in der Rechtswissenschaft eine beständige genaue und eindeutige Bedeutung haben, auch wenn dieser von der Bedeutung abweicht, welche sie in einem anderen Sprachstil haben bzw. von der Bedeutung einzelner Wörter, aus denen sich der Terminus gegebenenfalls zusammensetzt.<sup>409</sup>

Der Charakteristik des Rechtsbegriffes nach der Rechtsansicht, die jeden Begriff in einer Rechtsvorschrift als rechtlich ansieht, pflegt man vorzuhalten, dass sie zu allgemein sei, nur auf einem formalen Merkmal gründet, nach dem der Begriff in einer Rechtsvorschrift

---

<sup>406</sup> Vgl. zusammenfassend Bažil, Z.: a. a. O., S. 16.

<sup>407</sup> Z. B. Pietzonka: Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, NJW 1954, S. 1865. Nach Rupp, Hans-Jürgen: a. a. O., S. 216 Fn. 366 sucht Pietzonka, ähnlich wie Bernatzik, einen Beurteilungsspielraum der Verwaltung mit der rethorischen Frage zu begründen: „Wie soll man übrigens auf logischem (!) Wege feststellen können, was eine anständige Farbe ist, die zu einer anständigen Baugesinnung gehören soll?“ Am Beispiel von Bachof macht Rupp deutlich, dass es ihm darum geht, dass Widerspruch die offenbare Unterstellung erweckt, bei den „Beurteilungsspielräumen“ handle es sich um logisch-naturalistisch ableitbare Kompetenzlösungen zwischen Verwaltung und Richter.

<sup>408</sup> Knapp, Viktor: *Teorie práva. Právnícké učebnice*. (Rechtstheorie. Juristisches Lehrbuch.), C. H. Beck Prag, 1. Auflage 1995, S. 36 f.

<sup>409</sup> Luby, Š.: *Slovenská právna terminológia – vývin, stav, výklady (Slowakische Rechtsterminologie – Entwicklung, Stand, Auslegungen)*, Právnícké štúdie Nr. 4/1953, S. 201.

vorkommt.<sup>410</sup> Es ist nicht genau festgelegt, nach welchen sachlichen Gesichtspunkten man den Kreis der Rechtsbegriffe begrenzen und von anderen Begriffen trennen soll. Wenn nach dieser entgegengesetzten Auffassung eine bestimmte Begriffsgruppe als Rechtsbegriffe bezeichnet sein soll, dann müssen diese Begriffe an sich etwas gemeinsam haben, was sie verbindet. Daher soll bei der Definition des Rechtsbegriffes abstrahiert werden von der Beziehung dieses Begriffes zur Rechtsordnung und ihren einzelnen Vorschriften. Als entscheidend soll als allen Rechtsbegriffen gemeinsames Element ihre Beziehung zur Rechtswissenschaft angesehen werden. So sah beispielsweise *Julius Binder* die Rechtsidee als konstitutives Element aller Rechtsbegriffe an, mit der diese Begriffe verbunden sein müssen:

„Die Rechtsidee ist keine transzendente Macht, die irgendwoher in die Erfahrungswelt als Erscheinung treten würde, sondern sie ist die ursprüngliche Funktion unseres schlussfolgernden Bewusstseins, das uns gemeinsam mit anderen transzendenten Ideen ermöglicht, die chaotische Vielzahl an Einzigartigkeiten der Außenwelt zu regeln und den Kosmos der Begriffe auszuformen.“<sup>411</sup>

Die Autoren dieser Ansicht räumen aber gleichfalls ein, dass selbst durch diese Auffassung vom Rechtsbegriff in die Definition des gesuchten Kriteriums nicht allzu Genaues hineingetragen wird.<sup>412</sup> Als rechtlich muss nämlich sowohl ein Begriff verstanden werden, der einen eigenen Gegenstand der Rechtswissenschaft bildet und der folglich ihr wissenschaftlicher Begriff ist, als auch jener, der in der Rechtswissenschaft vorkommt, aber für sie nicht charakteristisch ist.<sup>413</sup>

Aus dem Angeführten geht hervor, dass es wohl unmöglich ist, ein solches Kriterium festzustellen, dass es ganz eindeutig ermöglicht, Rechtsbegriffe zu definieren. Angesichts dessen, dass bei der Anwendung von Rechtsnormen die Interpretation eines Rechtstextes, durch die dessen Abstraktion in die konkreteste, der einzelnen gemeinsamen Erscheinung sich immer mehr nähernde Ähnlichkeit hinübergezogen wird und die bei der Bestimmung der Bedeutung unbestimmter Rechtsbegriffe unerlässlich ist, eine wichtige Aufgabe spielt<sup>414</sup>,

---

<sup>410</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 16.

<sup>411</sup> Binder, Julius: Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammlers, Scholl Leipzig 1915, S. 228.

<sup>412</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 17.

<sup>413</sup> So Salomon, Max: Das Problem der Rechtsbegriffe, Carl Winters Universalbibliothek Heidelberg 1907, S. 19.

<sup>414</sup> Die Diskussion dieser Annäherungsproblematik entzündete sich bekanntermaßen nicht zuletzt am Streit über die These, dass es bei gebundenen Akten stets eine einzig richtige Antwort gebe, die immer wieder mit dem Hinweis auf die Möglichkeit kontroverser Subsumtion kritisiert worden ist. Es verbarg sich hinter den

findet sich nach *Bažil* eine Neigung zur Meinung, dass jeder in einer Rechtsvorschrift enthaltene Begriff rechtlich ist.<sup>415</sup>

Nach *Bažil*<sup>416</sup> unterliegt im Übrigen der Interpretation, bewusst oder unbewusst, eigentlich jedes im Text der Rechtsvorschrift angeführte Wort:

„Das ist die Folge der bedeutungsmäßigen Relativität der Wörter. Was heute als sichere und zulässige Bedeutung erscheint, das muss morgen nicht mehr wahr sein. Der Prozess der Wort- und Begriffsbildung, ihr Gebrauch als Kommunikationsmittel einschließlich ihres Verständnisses stellt sich als eine komplizierte gesellschaftliche Erscheinung dar, die dem Einfluss verschiedener Umstände in einzelnen zeitlichen Phasen verschiedenen Umgestaltungen unterliegt. Die Wörter sind überwiegend die Frucht unbewusster geistiger Tätigkeit vieler Generationen, die im menschlichen Unterbewusstsein auftreten durch das Verdienst der Verständigung zwischen Menschen gewisser gesellschaftlicher Formation, Erziehung in der Familie, der Schule, durch den Einfluss der Bildung und weiterer Faktoren, die sich auf den Menschen auswirken und seine kulturelle Reife unterminieren. In diese natürliche Entwicklung tritt dann die Wissenschaft, die beiträgt zur Sicherung der Bedeutung der Wörter und an ihrer genaueren Ausbildung. Die gewöhnliche Sprache wird bereichert um weitere Fachausdrücke. Wenn es um Rechtsbegriffe geht, dann stützt sich auf ihre Bildung auch allein die Normbildung dadurch, dass sie es – das Wort – den den Normbildungsprozess beherrschenden Regeln unterordnet. Vom Gesetzgeber hängt ab, welche Wörter und wie er es – das Wort – in den Text der Rechtsvorschrift überträgt. Ohne seine Tätigkeit könnte auch kein in Rechtsvorschriften verwandter Ausdruck das Wesen eines Rechtsbegriffes erlangen.“<sup>417</sup>

In der Geschichte wurde der Versuch unternommen, die Kraft der Wörter und Begriffe zu verabsolutieren, der aber bekanntermaßen scheiterte.<sup>418</sup> Es war *Puchtas*<sup>419</sup> Genealogie der Rechtsbegriffe, auch bekannt als „Begriffsjurisprudenz“, entwickelt im Rahmen des

---

Argumentationen zumal aber eine fundamentale Differenz im Begriff der Wahrheit oder Richtigkeit: „Das auf die Möglichkeit kontroverser Subsumtionen abstellende Argument verknüpft ihn mit dem Begriff der Beweisbarkeit, das tertium non datur-Argument hält ihn hiervon frei.“ (Alexy, Robert: *Ermessensfehler*, JZ 1986, S. 701 ff., 715). Letzteres führte nach Alexy zu tiefgehenden ontologischen, logischen und methodologischen Fragen der Rechtstheorie. Die damit anstehenden Probleme können aber einerseits mit der These bewältigt werden, dass in einer juristischen Kontroverse die Parteien unabhängig davon, ob eine einzig richtige Antwort existiert, den Anspruch erheben müssen, dass ihre Antwort die rechtlich einzig richtige ist (so Alexy selbst in seiner Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt a. M. 1978, S. 165 ff., 264 ff.), denn ohne die einzig richtige Antwort wenigstens als regulative Idee voranzusetzen (Schmidt-Salzer, J.: *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, Berlin 1968, S. 45), hätten ihre Behauptungen und Begründungen keinen Sinn. Andererseits ist die einzig richtige Antwort, wenn sie existieren sollte, nur unter höchst idealen Bedingungen, nicht aber unter den realen Bedingungen eines Rechtssystems, intersubjektiv zwingend beweisbar oder erkennbar (Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, 2. Auflage, London 1978, S. 105 ff.; Alexy, R.: a. a. O., S. 238 ff., 255, 349 ff.).

<sup>415</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 19.

<sup>416</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 19 f.

<sup>417</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 20.

<sup>418</sup> So konstatierend Bažil, Z.: a. a. O., S. 20.

<sup>419</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 20 ff.

Gesetzespositivismus des 19. Jahrhunderts, der das Erbe der rationalistischen Naturrechtstheorie einschließlich der Dogmatik der logisch-systematische Geschlossenheit der Rechtsordnung, deren Gesetze immer vorbereitet sind, auf jede Rechtsfrage eine Antwort zu geben. Auch die großen Kodifikationen Ende des 18. und Anfang des 19. Jhds. (Codex Maximilianus Bavaricus Civilis, Preußische ALR, Code civil, österreichisches ABGB) traten mit der Forderung einer geschlossenen Regelung der rechtlichen Beziehungen auf den Plan. Das Dogma der Geschlossenheit und Lückenlosigkeit der Rechtsordnung war auf der Methodenlehre begründet, die vorgab, dass mit Hilfe logischer Prozeduren jede erwünschte rechtliche Entscheidung einzig und allein aus dem Gesetz abgeleitet werden kann. Daraus ergab sich auch die erwähnte Begriffsjurisprudenz, die alle Rechtsfragen aus dem Rechtssystem durch logische Deduktion löste. Gesetzliche Begriffe betrachtete sie nicht nur als in Gesetzen enthaltene leblose Buchstaben, sondern personifizierte sie und blickte auf sie wie auf lebendige Erscheinungen, die sich weiter ausbildeten, sich miteinander verbinden und dadurch neue Begriffe herausbilden. Die Rechtsbegriffe bilden eine Pyramide und aus ihnen lassen sich logisch Rechtssätze und Rechtsinstitute ableiten, die nach *Jhering*<sup>420</sup> „rechtliche Erscheinungen“, „logische Individualitäten“ werden, entwickeln, allein verursachen und beenden. Auch über das Gesetz wurde behauptet, dass es allein aus sich selbst wächst, sich allein verjüngt und dass es klüger ist als der Gesetzgeber, weil sich aus dem Gesetz die Entscheidung herauslesen lässt, die er dort nicht hineingelegt hat. Diese begriffslogische Methode, herausgebildet in der Zeit des frühen Liberalismus und Konstitutionalismus, in der es zu Äußerungen von Argwohn gegenüber den Richtern kam, sollte die feste und konstruierte Bindung des Richters an die Rechtsnormen feststellen. In späterer Zeit wurde ihr vorgeworfen, dass sie auf das Recht seine unangemessene axiomatische Methode projiziere, denn das Recht bildet nicht ein logisches System, in dem sich alle Rechtsnormen aus einigen Axiomen ableiten müssten. Die Rechtsnormen entspringen nicht aus unveränderlichen Begriffsgebilden, sondern aus dem Zweck bestimmter Interessensbeziehungen. Der neuen Rechtsanschauung, ihrer Entwicklung und ihrem Gebrauch blieb *Puchtas* Begriffslehre eine Antwort schuldig, diese verlor daher an Bedeutung und wurde nur eine historische Rechtsreliquie.<sup>421</sup>

In der westlichen Welt einschließlich Australien setzt sich neben dem logischen Positivismus stark die englische analytische Philosophie durch, besonders die moderne sprachanalytische Variante, deren Vertreter vor allem *Herbert Lionel Adolphus Hart*<sup>422</sup> ist. Dieser wurde vor

---

<sup>420</sup> Jhering, Rudolph von: a. a. O.

<sup>421</sup> Vgl. Zippelius, Reinhold: Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie. 3., neubearb. und erw. Aufl., C. H. Beck München 1973, S. 160 ff.; Jhering, Rudolf von: Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung II/2, 1883, S. 357; Kaufmann, Arthur: Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, Athenäum Frankfurt a. M. 1972, S. 269 ff.

<sup>422</sup> Hart, Herbert Lionel Adolphus: The Concept of Law, 1st edition, Oxford University Press, Oxford 1961; ders.: Der Begriff des Rechts, (übersetzte Auflage v. Beyer); 1. Auflage; Suhrkamp Verlag; Frankfurt 1973.

allem bekannt durch seine Theorien über die Eigenarten der Rechtssprache und der auf ihrer Grundlage ausgearbeiteten Analyse der grundlegenden Rechtsbegriffe.<sup>423</sup>

Nach *Eckmanns*<sup>424</sup> Beschreibung ist die *Hartsche* Lehre auf der Definition der Merkmale begründet, durch die sich die sprachliche Funktion rechtlicher Ausdrücke von anderen Wörtern unterscheidet. Es geht ihm nämlich nicht um die Erklärung, wie und warum man sicher sein soll, Ausdrücke zu verwenden, sondern unter welchen Voraussetzungen die Wörter überhaupt verwendet werden und in welcher Beziehung der Gebrauch der Wörter zu diesen Voraussetzungen steht. In diesem Sinn befasst er sich mit der Analyse der Rechtsbegriffe, für einen bestimmten Begriff sucht er einen Satz der natürlichen Sprache und prüft, welche Funktion er in ihr erfüllt. Die weitere Aufgabe ist, die Bedingungen festzustellen, unter denen ein wahrer Satz gefunden wird, wenn sein Gebrauch richtig ist. Ein solcher ist er dann, wenn bestimmte Tatsachen und bestimmte Rechtsregeln existieren, die sich als Voraussetzungen des richtigen Gebrauchs im gesuchten Rechtsausdrücke beinhaltenden Satz bezeichnen lassen. Zuletzt ist dann notwendig, die Beziehung des gegebenen Satzes zu den erwähnten Voraussetzungen zu definieren. Darunter versteht er die Erlangung der Konklusion des logischen Syllogismus, dessen Teile die gewählte Rechtsregel bildet, die festgestellten Tatsachen und der analysierte Satz. Diese Lehre fand sowohl in der westlichen Welt Gefallen, als sie auch eine Reihe von Gegnern hat, die ihr Ungenauigkeit, eine allzu große Weitläufigkeit vorwerfen, und ihren Wert für die Rechtsmethodologie und Rechtsanwendung bezweifeln. Sie ist unbestritten ein weiterer Beitrag, der zur Bereicherung der gegenwärtigen Auffassung der Problematik der Rechtssprache und Rechtsbegriffe tendiert, aber – wie es sich nur aus der Beschreibung *Eckmanns* ergibt – für ein positivistisch orientiertes Denken wird es eher nicht verständlich und für den praktischen Gebrauch schwerlich nützlich sein.<sup>425</sup>

Der rechtspositivistischen Konzeption von *Hart* wird auch in der tschechischen Rechtstheorie in Anlehnung an *Ronald Dworkin*<sup>426</sup> die Theorie sog. Rechtsprinzipien (*právní principy*) entgegengehalten, worauf noch ausführlicher zu einzugehen ist.<sup>427</sup>

---

<sup>423</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 21.

<sup>424</sup> Eckmann, H.: a. a. O., S. 104 ff.

<sup>425</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 19 spricht von „unser positivistisch orientiertes Denken“ („pro naše myšlení pozitivisticky“).

<sup>426</sup> Dworkin, Ronald: *Když se práva berou vážně* (Bürgerrechte ernst genommen; Taking Rights Seriously), Praha 2001.

<sup>427</sup> Vgl. allgemein zu Rechtsprinzipien Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 285 ff. Für die Verfassungsrechtstheorie vgl. beispielsweise Holländer, Pavel: *Zásada proporcionality: variabilita její struktury?* (*Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: Variabilität seiner Struktur?*) in: *České právní myšlení a logika – minulost a perspektivy II. (Tschechisches Rechtsdenken und Logik – Vergangenheit und Perspektiven II.)*, editor: Karin Brzobohatá, Masarykova univerzita Brno 2005, S. 15 ff., 20 ff., der auch auf die Prinzipienkonzeption von Robert Alexy eingeht. Die Übernahme des Dworkinschen Ansatzes bleibt aber auch nicht ohne Kritik in der tschechischen positivistischen Tradition vgl. Weinberger, Ota: *Die Naturrechtskonzeption von Ronald Dworkin*,



(iii) Unbestimmter Rechtsbegriff (*neurčitý právní pojem*)

Nach der Definition der Termini „Begriff“ und „Rechtsbegriff“ verbleibt die Untersuchung des Adjektivs „unbestimmt“ („*neurčitý*“) und der Funktion, durch die es in Verbindung mit dem Rechtsbegriff steht. In der juristischen Fachliteratur wird der Terminus „unbestimmt“ nicht einheitlich verwendet. Auf diese terminologische Uneinheitlichkeit macht vor allem Koch aufmerksam.<sup>428</sup> Es geht dabei insbesondere auch darum, dass einige Autoren mit dem Terminus „unbestimmter Rechtsbegriff“ arbeiten, was die herrschende Meinung darstellt, und andere hängen dafür dem Terminus „unbestimmter Ausdruck“ an.<sup>429</sup> So führt z. B. Andreas Sethy aus, dass Termini wie „öffentliches Interesse“, „Zuverlässigkeit“, „örtlicher Bedarf“, die als Beispiel unbestimmter Rechtsbegriffe angesehen zu werden pflegen, in Wirklichkeit nur unbestimmte Ausdrücke sind.<sup>430</sup> Unbestimmt ist nach ihm nur die Frage danach, welcher Begriff, welcher Gegenstand dem gegebenen Ausdruck entspricht. Daraus folgert er dann, dass die Unbestimmtheit nicht auf den Rechtsbegriffen, dem abstrakten Bild beruht, sondern auf dem im konkreten Rechtssatz verwandten Ausdruck. Daher sieht er den Terminus „unbestimmter gesetzlicher oder rechtlicher Ausdruck“ als richtiger an.

Das erwähnte terminologische Dilemma entsteht dadurch, dass entweder die Betonung auf den Rechtsbegriff als Ganzes oder nur auf einen seiner Teile fällt, den der Ausdruck darstellt, mit dem der gegebene Begriff bezeichnet und in der Rechtsvorschrift ausgedrückt wird.<sup>431</sup>

Die Nebeneinanderstellung „unbestimmter Rechtsbegriff“ und „unbestimmter Ausdruck“ hat seine Entsprechung in anderen im Recht vorkommenden Bindungen, von denen die Beziehung der Rechtsvorschrift (*právní předpis*) und der Rechtsnorm (*právní norma*) in den Vordergrund tritt. Während die Rechtsvorschrift exakter Bestandteil der Außenwelt ist, ist die Rechtsnorm eine Frucht des juristischen Denkens, eine abstrakte Konstruktion, die ihre inhaltliche und äußerliche Seite hat, durch die der Inhalt der Rechtsnorm in der Rechtsvorschrift ausgedrückt wird.<sup>432</sup> Auch im Fall der Rechtsnormen kommt es in der Literatur und Rechtspraxis zu ihrer Verwechslung mit den Rechtsvorschriften. Bažil stellt fest,

---

in: Das Naturrechtsdenken heute und morgen: Gedächtnisschrift für René Marcic, hrsg. von Dorothea Mayer-Maly; Peter M. Simons, Duncker und Humblot Berlin 1983; im Besonderen zur Problematik des Begrenzung des Verwaltungsermessens vgl. Skulová, S.: a. a. O.

<sup>428</sup> Koch, Hans-Joachim: a. a. O., S. 29 f., 33 ff.

<sup>429</sup> So z. B. Lukeš, Zdeněk: *Obecné a speciální zmocnění ve správě na úseku ochrany veřejného pořádku (Allgemeine und spezielle Ermächtigungen in der Verwaltung im Bereich des Schutzes der öffentlichen Ordnung)*, IUC-Iuridica Praha 1968, S. 26.

<sup>430</sup> Sethy, Andreas: *Ermessen und unbestimmte Gesetzesbegriffe. Eine theoretische Untersuchung der Abgrenzung im Verwaltungsrecht*, Verb. der Wiss. Ges. Österreichs, Wien 1973.

<sup>431</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 20.

<sup>432</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 20.

dass das, was Rechtsvorschriften anbelangt, z. B. die Problematik selbständiger und unselbständiger Rechtssätze, auf die Rechtsnormen projiziert wird, die dann entsprechend in selbständige und unselbständige gegliedert zu werden pflegen, ob sie eben alle Merkmale ihrer inneren logischen Struktur aufweisen (Tatbestand, Rechtsfolge, Sanktion)<sup>433</sup> oder nur einige dieser Merkmale.<sup>434</sup> Eine derartige Einteilung ist ein logischer Widerspruch, denn etwas ist die Norm oder sie ist es nicht, ein Teil der Norm kann insoweit nicht die Norm sein. Wenn man entsprechend von der logischen inneren Struktur des Rechtsbegriffes ausgeht, die in seinem Inhalt und Umfang liegt, dann bedeutet der Terminus „unbestimmter Ausdruck“ eigentlich eine Verengung der Unbestimmtheit nur auf den Begriffsinhalt, keineswegs auf seinen Umfang oder eine Reihe von Gegenständen, die unter den Begriff fallen. Von der Bedeutung des Ausdrucks würde man weiter also nur sprechen, wenn der Begriff als Verbindung des Wortausdrucks und seiner Bedeutung begriffen werden würde.<sup>435</sup>

Die Schwierigkeiten, zu denen man bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe kommt, liegen gewöhnlich in ihrer Mehrdeutigkeit. Dadurch wird das Wesen der unbestimmten Rechtsbegriffe noch mehr vernebelt.<sup>436</sup> Wenn die Unbestimmtheit der erwogenen Begriffe erwähnte Schwierigkeiten bereitet, dann meist dadurch, wenn man bei ihrer Interpretation in die Betrachtung noch ihre Mehrdeutigkeit übernimmt. Dabei geht es abermals um eine Verwechslung zweier bedeutsamer Fachausdrücke. Auf den Unterschied zwischen Unbestimmtheit und Mehrdeutigkeit macht *Hans J. Wolff* aufmerksam, wenn er ausführt, dass die Unbestimmtheit des Begriffs etwas Anderes ist als die sprachliche Mehrdeutigkeit der Wörter:

Als Beispiel kann das Wort „Körperschaft“ dienen. Es drückt einerseits eine juristische Person aus, andererseits ein bestimmtes nichtrechtsfähiges Organ. Der Ausdruck ist mehrdeutig, aber die dadurch ausgedrückten Begriffe sind bestimmt.<sup>437</sup>

---

<sup>433</sup> Wie bereits erwähnt, werden traditionell als strukturelle Elemente der Rechtsnorm angesehen der Tatbestand (hypotéza), d. h. der bedingende Tatsachenteil, die Rechtsfolge (dispozice), d. h. der normative Teil, der ausdrückt, was sein soll, wenn der Tatbestand eintritt, und die Sanktion (sankce), d. h. ein weiterer normativer Teil, der ausdrückt, was sein soll, wenn der Tatbestand eintritt und die Rechtsfolge nicht erfüllt wird (so vgl. Knapp, Viktor: *Teorie práva. Právnícké učebnice* (Rechtstheorie. Juristisches Lehrbuch), 1. Auflage, C. H. Beck Prag 1995, Rn. 377).

<sup>434</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 20.

<sup>435</sup> So Thaler, M.: a. a. O., S. 2, Anm. 9.

<sup>436</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 20.

<sup>437</sup> Wolff, Hans J./ Bachof, Otto: *Verwaltungsrecht*, Band I, 11. Auflage, C. H. Beck München 1999, S. 443.

Auf diese Weise entspricht nach *Hans-Joachim Koch* die gemeinte Identifikation der Ausdrücke Unbestimmtheit und Mehrdeutigkeit auch in der Semantik so ihrer üblichen Begrenzung, dass die Mehrdeutigkeit der Ausdrücke bedeutet, dass das sprachliche Merkmal gemäß dem Kontext die verschiedenen Eigenschaften ausdrückt, während die Unbestimmtheit des Begriffs so verstanden wird, dass sich die durch das Wortmerkmal ausgedrückten Eigenschaften wenigstens einem Gegenstand zuordnen lassen oder nicht:

Als Beispiel führt er den Ausdruck „Stern“ an. Dieser kann einen Himmelskörper bezeichnen, aber auch eine populäre Person der Welt der Kunst. Der Ausdruck ist vieldeutig. Im zweiten Fall wird durch ihn auch eine Unbestimmtheit des Begriffs ausgedrückt, solange die Regeln, nach denen es zum Gebrauch kommt, so gebildet werden, dass die Eigenschaft des Sterns ermöglicht, diesen oder jenen Künstler zu erkennen oder nicht zu erkennen.<sup>438</sup>

Auch *Hans Kelsen* spricht bei der Klärung der Unbestimmtheit von Rechtsakten als unüberlegte Folge der Qualität von Rechtsnormen, die durch diesen Akt angewandt werden soll, von Mehrdeutigkeit der Wörter oder Worttexte, durch die die Norm ausgedrückt wird.<sup>439</sup>

Der semantische Gesichtspunkt wird auch geltend gemacht zur Unterscheidung der Rechtsbegriffe nach der Art ihrer Schärfe (Klarheit) (*ostroť (jasnosť)*) in bestimmte und unbestimmte.<sup>440</sup> Die Schärfe der Bedeutung des Rechtsbegriffes ist danach eine der grundlegenden auf die Rechtssprache und ihren Gebrauch in Rechtsvorschriften fallenden Anforderungen. Sie ermöglicht auf größtmögliche Weise, die Regeln des Verhaltens der Subjekte genau festzustellen, an die sie adressiert sind. Das Ideal ist dabei, die optimale Genauigkeit der Rechtsnorm zu erreichen, um deren Erzielung sich die Legislative stets zu bemühen hat. Darum bedient sie sich vor allem bestimmter Rechtsbegriffe (*určité pojmy*), deren Inhalt und Umfang bei der Anwendung dieser Begriffe nicht die Zweifel hervorrufen, zu denen es kommen könnte, wenn die allein entscheidende Tatsache nicht klar wäre.<sup>441</sup> Insoweit ist nicht zu ersehen, dass die Bestimmtheit dieser Begriffe nur relativ ist.

Absolut bestimmt (*absolutně určité*) sind nur numerische Begriffe, die aus der Mathematik ins Recht projiziert und durch die in Rechtsvorschriften die Art, das Gewicht, die Entfernung und die Zeit zum Ausdruck gebracht werden.

---

<sup>438</sup> Koch, Hans-Joachim: a. a. O.

<sup>439</sup> Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre*, mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit, 2., vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Deuticke Wien 1960, S. 348.

<sup>440</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 21.

<sup>441</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 21.

Die Stigmata der Relativität<sup>442</sup> sind allerdings nicht nur für bestimmte Rechtsbegriffe kennzeichnend. Dies gilt auch für ihren Gegensatz, die unbestimmten Rechtsbegriffe, die wegen ihrer Unschärfe (Unklarheit) (*neostroost (mlhavost)*) gegenwärtig eine Elastizität bei ihrer Anwendung aufweisen und dadurch mehr der Vielgestaltigkeit des menschlichen Lebens und der zwischenmenschlichen Beziehungen entsprechen.<sup>443</sup> Der Unterschied zwischen den bestimmten und unbestimmten Begriffen beruht nur auf dem Grad ihrer Schärfe oder Unschärfe. Die Grenze zwischen ihnen ist fließend, so dass es unmöglich ist, vom Ausdruck eines qualitativen Unterschieds zu sprechen.<sup>444</sup>

Das lässt sich feststellen am Beispiel der „Elektrizität“. Der Begriff „Sache“ scheint nach der bürgerlich-rechtlichen Lehre hinlänglich definiert zu sein, so dass er hinsichtlich seiner Grenzen auf den ersten Blick keine Zweifel hervorruft. Trotzdem wurde er aber Gegenstand von Prozessstreitigkeiten über seinen Umfang, und das im Zusammenhang mit der Lösung der Frage, ob auch Elektrizität respektive elektrische Energie als Sache sich wird ansehen lassen und ob auch der Diebstahl von Elektrizität fassbar ist aus Sicht der strafrechtlichen Vorschriften. Zwei Denkweisen waren dabei möglich. Der Diebstahl von elektrischer Energie lässt sich mit Hilfe der Auslegung dem Tatbestand der Straftat des Diebstahls nämlich nur unter der Voraussetzung unterordnen, dass man unter Sachen im Sinne der strafrechtlichen Vorschriften materielle und immaterielle Sachen versteht. Anders wäre ein solcher Rückgriff überhaupt nur durch den Gebrauch einer Analogie möglich. Der Begriff „Sachen“ wurde im gegebenen Fall ein eher unbestimmter als bestimmter Rechtsbegriff.<sup>445</sup>

Die Erwägungen oben erwähnter Autoren im Hinblick auf die Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen beziehen sich ausschließlich auf ihren Inhalt und betreffen nur die Mehrdeutigkeit der ihnen entsprechenden Ausdrücke. Es wurde angedeutet, dass eine solche Auffassung – auch wenn es zulässig sein kann, dass sie in einer gewissen Richtung dem Zweck solcher Unbestimmtheitsdefinitionen entspricht (z. B. solange es um Bestimmtheit des Unterschieds zwischen bestimmten und unbestimmten Rechtsbegriffen geht)<sup>446</sup> - zu eng

---

<sup>442</sup> So der gewählte Ausdruck von Bažil, Z.: a. a. O., S. 21.

<sup>443</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 21.

<sup>444</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 21.

<sup>445</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 22 unter Berufung auf Engisch, Karl: Einführung ins juristische Denken, Stuttgart 1956, S. 108 und Wamser, Klaus: Die Revisibilität unbestimmter Begriffe: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit 1936, Marburg 1961, S. 4; vgl. nunmehr Engisch, Karl: Einführung ins juristische Denken, hrsg. und bearb. v. Prof. Dr. Thomas Würtenberger und Dr. Dirk Otto, 10. Aufl., Verlag W. Kohlhammer Stuttgart 2005, S. 49, zur Auslegungsproblematik S. 108 ff.; vgl. auch die Regelungen des tschechischen StGB und des § 248 c des deutschen StGB.

<sup>446</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 22.

erscheint und sich nur auf einen Teil des Rechtsbegriffes bezieht. Daher lässt sich die von *Michael Thaler*<sup>447</sup> gegebene Auslegung der Unbestimmtheit nach *Bažil* als am treffendsten ansehen, der unter Unbestimmtheit des Rechtsbegriffes Zweierlei versteht: Unbestimmtheit der Bedeutung (Begriffsinhalt) und Unbestimmtheit der Beziehung (Begriffsumfang). Wenn die Bedeutung des Rechtsbegriffs unbestimmt ist, dann ist dieser Begriff vage (*vagni*). Dem ist hinzufügen, dass Mehrdeutigkeit und Vagheit des Rechtsbegriffes nicht verwechselt werden dürfen, weil beide Phänomene voneinander unabhängig sind. Die Unbestimmtheit der Bedeutung wird nicht auf den Begriffsumfang und die Unbestimmtheit des Umfangs nicht auf seine Bedeutung übertragen.

Aber auch bezüglich der *Thalerschen* Auslegung der Unbestimmtheit macht *Bažil* Teilbedenken geltend.<sup>448</sup> Aus semantischer Sicht wird offenbar richtig nicht von Mehrdeutigkeit des Rechtsbegriffs gesprochen. Auch dessen Ansicht darüber, dass die Unbestimmtheit der Bedeutung nicht auf den Begriffsumfang und die Unbestimmtheit des Umfangs nicht auf seine Bedeutung übertragen wird, ruft danach Zweifel hervor. Vor allem ist nicht klar, was jener mit übertragener Unbestimmtheit der Bedeutung und Unbestimmtheit des Umfangs meint. Wenn er damit gesagt haben soll, dass unbestimmte Rechtsbegriffe mehrere mögliche Bedeutungen haben, dann hat die bedeutungsmäßige Mehrdeutigkeit Einfluss auf die etwaige Anzahl der Gegenstände der entsprechenden Begriffe, dann freilich wäre ein solcher Schluss offenbar nicht richtig. Der Pluralität der Bedeutungen kann nur eine Pluralität der Gegenstände entsprechen. Umgekehrt kann die Pluralität der Gegenstände durch eine oder mehrere Bedeutungen bedingt sein, aber ein Gegenstand kann nicht mehreren Bedeutungen entsprechen. Der Wert der *Thalerschen* Auffassung beruht nach *Bažil* aber offenbar vor allem darauf, dass sich die Unbestimmtheit des Rechtsbegriffes auf seine beiden Teile bezog und dass sie abermals die Problematik der unbestimmten Rechtsbegriffe in der analytischen Sprachphilosophie als sog. vage Begriffe (*vágní pojmy*) gekennzeichnet belebt hat.

Die Vagheit des Rechtsbegriffs beruht auf der Unbestimmtheit seines Umfangs. Es ist unmöglich, genau festzustellen, welche Gegenstände dem gegebenen Begriff entsprechen.

Als Beispiel eines vagen Begriffs führt *Thaler* den in einer Rechtsnorm angeführten Begriff „kleines Fahrzeug“ an, wonach „den Besitzern kleiner Fahrzeuge eine jährliche Steuerbegünstigung in bestimmter Höhe gewährt wird“. Die Vagheit des gegebenen Begriffes äußert sich dadurch, dass es unmöglich ist, ohne Schwierigkeiten festzustellen, was die Elemente

---

<sup>447</sup> Thaler, M.: a. a. O.

<sup>448</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 22.

der Klasse „Fahrzeuge“ und gleichzeitig welche Elemente die Klasse „kleiner Fahrzeuge“ aufweist. Es gibt nämlich eine Vielzahl an Fahrzeugen, die sich sowohl in eine Klasse kleiner Fahrzeuge als auch in eine Klasse von Fahrzeugen gliedern lässt, die nicht klein sind. Jedes Fahrzeug kann aber nur einer der beiden erwähnten Klassen zugeordnet werden. In der Mehrheit der Fälle wird die Einordnung der Fahrzeuge in eine von ihnen (nach Länge, Breite oder Höhe) nicht schwierig sein. Genauso aber werden Fahrzeuge vorkommen, deren Einordnung Schwierigkeiten hervorruft. Nach ihrer Länge und Höhe könnten sie der Klasse kleiner Fahrzeuge zugeordnet werden, nach ihrer Breite aber der Klasse derer, die keine kleinen Fahrzeuge sind. Wenn es nicht gelingt, beide Klassen von Fahrzeugen genau und gewiss voneinander abzugrenzen, dann ist es unmöglich zu bestimmen, ob ein Fahrzeug ein kleines Fahrzeug oder keines ist. Der Umfang des Begriffs „kleines Fahrzeug“ bleibt unbestimmt, weil sich die Klasse kleiner Fahrzeuge nicht genau definieren lässt. Der Rechtsbegriff „kleines Fahrzeug“ ist daher ein vager Begriff.<sup>449</sup>

Die Grundlage zur Klassifikation unbestimmter Rechtsbegriffe als vage legte bereits *Walter Jellinek*<sup>450</sup>, denn er erkannte, dass jeder Begriff eine gewisse Grenze hat, die ein sicheres (assertorisches) Urteil über die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit einer Erscheinung zum Begriff ermöglicht. Während der bestimmte Begriff nur eine Grenze hat, haben unbestimmte Begriffe zwei solcher Grenzen. Auch beim unbestimmten Begriff gibt es sichere Urteile; aber zwischen dem bejahenden und verneinenden Urteil liegt ein Grenzgebiet der bloßen Möglichkeit (problematisches Urteil).

Für diese Erkenntnis wählt er als Beispiel die badische Verordnung vom 25. Januar 1908, die das Zusammenreisen von Zigeunern in „Horden“ verbot, wobei aber nicht festgestellt wurde, wie viel Menschen zu einer solchen „Horde“ zu zählen sind. Daher war der Begriff „in Horden“ vage für die Unbestimmtheit seines Umfangs. Aus den Erwägungen dieses Begriffes schloss Walter Jellinek dann, dass man es ganz gewiss so sehen kann, dass ein Zigeuner eine solche Horde nicht bildet, aber 50 Zigeuner schon. Zwischen diesen beiden Zahlen liegt notwendig die Grenze der beiden, allerdings kann jemand sie schwerlich genau feststellen, wenn der Normschöpfer selbst nicht in dieser Richtung tätig wird.

An die *Jellineksche* Schrift der vagen Begriffe knüpften die Anhänger der auf die Sprachanalyse gründenden Lehre an, die aber die Betonung nicht auf die Definition der

---

<sup>449</sup> Thaler, M.: a. a. O., S. 4.

<sup>450</sup> Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und –verfügungen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1913, Scientia Verlag Aalen 1964, S. 37 ff.

Begriffsgrenze legen, sondern auf die Einordnung der Gegenstände, die unter diesen Begriff fallen. So sind nach *Hans-Joachim Koch*<sup>451</sup> vage Begriffe, für die gilt: Sie sind Gegenstände

- a) die ganz zweifellos unter den Begriff fallen (sog. positive Kandidaten),
- b) die zweifellos nicht unter den Begriff fallen (sog. negative Kandidaten),
- c) für die überhaupt nicht zu entscheiden ist, ob sie unter den Begriff fallen oder nicht (sog. neutrale Kandidaten).

Deren Schwierigkeiten entstehen bei der Anwendung von Rechtsnormen mit unbestimmten Rechtsbegriffen, denn sie beruhen eben darauf, dass diese Begriffe neutrale Kandidaten haben, für die daher die unbestimmten Rechtsbegriffe vorwiegend vage Rechtsbegriffe sind.<sup>452</sup>

Zu diesem Schluss gelangt man gemäß *Hans-Joachim Koch*, wenn man auf Grundlage der von *Bazil* angestellten Erwägungen das Wesen des Begriffes selbst nimmt, das aus semantischer Sicht als sog. Extensität des Wortmerkmals charakterisiert wird, das die Gegenstände darstellt, auf die sich das Merkmal bezieht, und die sog. Intensität, unter der die Eigenschaft verstanden wird, die das Merkmal ausdrückt.

Als Beispiel führt dieser den Ausdruck „unzuverlässig“ an.<sup>453</sup> Seine Extensität im Sinne der arbeitsrechtlichen Vorschriften bilden alle Einheiten, für die dieser Begriff nach der Schriftsprache gebraucht wird. Die Intensität dieses Ausdrucks sind die Eigenschaften, die mit diesem Prädikat ausgedrückt werden, die jede Person haben muss, um ihr das Prädikat unzuverlässig anerkennen zu können. Die Eigenschaften, die das Prädikat ausdrückt, werden durch sog. semantische Regeln mitgeteilt, die positiv oder negativ konzipiert sein können. Die Erste von ihnen kann etwa lauten: Wenn jemand in den letzten zehn Jahren dreimal wegen Trunkenheit bestraft worden ist, ist er „unzuverlässig“. Die Zweite kann lauten: Wenn jemand fünf Jahre lang ohne irgendeine amtliche Beanstandung Taxi fährt, dann ist er nicht „unzuverlässig“.

Aufgrund dieser Regel sieht er dann in Bezug auf den Ausdruck „unzuverlässig“ diesen Schluss als relevant an:

- a) Immer nur eine Bedingung kann kennzeichnend sein als hinreichend für das Anerkenntnis oder die Ablehnung des Prädikats „unzuverlässig“.

---

<sup>451</sup> Koch, Hans-Joachim: a. a. O., S. 33 ff.

<sup>452</sup> So zusammenfassend Bazil, Z.: a. a. O., S. 24.

<sup>453</sup> Koch, Hans-Joachim: a. a. O.

b) Beide Bedingungen können nicht gleichzeitig existieren. Es ist ausgeschlossen, dass jemand gleichzeitig zuverlässig und unzuverlässig ist.

c) Denkbar sind Einheiten, die durch keine der angeführten Bedingungen erfüllt werden. Diese bilden dann die neutralen Kandidaten des Ausdrucks „unzuverlässig“.

Daraus folgert er dann, dass mit einem vagen Begriff hantiert werden soll, wenn die Intensität seines Ausdrucks alle angeführten Bedingungen erfüllt.

Den Ausweg bei der Lösung der vagen Begriffe sucht er dann in der genauen Feststellung der Bedeutung des betrachteten Rechtsbegriffs. Die Vagheit des Begriffs, der in seinem Umfang als unbestimmt erscheint, hat aber seine Grundlage in der Unbestimmtheit der Intensität also der Begriffsbedeutung. Die Unbestimmtheit der Bedeutung hat so auch die Unbestimmtheit des Umfangs zur Folge.

Aus anderer Sicht beurteilte die deutsche Rechtstheorie die Vagheit und innere Struktur unbestimmter Rechtsbegriffe, die die Lehre vom Begriffskern (*pevný střed*) des unbestimmten Rechtsbegriffes und seines Begriffshofes (*labilní okraj*) herausgearbeitet hat. Die Grundlage dieser Lehre legte Philipp Heck<sup>454</sup>, der im Zusammenhang mit der Beschreibung des unbestimmten Rechtsbegriffes anführte, dass jedes Wort unter Ausschluss bestimmter Ausnahmen mehrdeutig ist, bei denen eine sicherere Bedeutungswurzel von einer allmählich schwindenden Bedeutungshülle umgeben wird. Diese Auffassung wurde dann von weiteren Autoren in dem Sinne präzisiert, dass mit dem Terminus „Begriffskern“ zweifellos der Inhalt der unbestimmten Rechtsbegriffe gemeint wird und er folglich die Fälle mit einschließt, die ganz unzweifelhaft zum betrachteten Begriff gehören, während der am Rand des die Begriffswurzel bildenden Kreises beginnende „Begriffshof“ ein diffuser d. h. nicht scharf abgegrenzter, verlaufener Umfang des unbestimmten Rechtsbegriffes ist, und die Fälle, die in diesen Umfang gehören, sich erst im Stadium der Subsumtion bestimmen. Diese Definition der inneren Struktur des unbestimmten Rechtsbegriffes wurde auch auf das Teilkriterium zwischen bestimmten und unbestimmten Rechtsbegriffen dadurch erhöht, dass bei unbestimmten Rechtsbegriffen ihr „Begriffshof“ gewöhnlich groß und der „Begriffskern“ dagegen außerordentlich klein ist, während bei bestimmten Rechtsbegriffen dies umgekehrt ist.

Im Wesentlichen ging es aber nur um den Versuch, die Vagheit des Begriffes zu beschreiben und zu definieren, für den praktischen Gebrauch aber hat diese Definition keine ernsthaftere Bedeutung.<sup>455</sup>

---

<sup>454</sup> Heck, Philipp: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Mohr Tübingen 1914, S. 107.

<sup>455</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 25.



Nach *Bažil* nimmt die Lehre vom Kern und Umfang des unbestimmten Rechtsbegriffes eine wichtigere Stellung in der *Hartschen* Interpretationstheorie des präjudiziellen angelsächsischen und amerikanischen Rechts ein. Ähnlich wie die deutsche Theorie unterscheidet auch *H. L. A. Hart* beim unbestimmten Rechtsbegriff seinen festen Kern („core“) und den ungewissen Umfang („penumbra“<sup>456</sup>). Im Kern hat der Begriff einen fest abgegrenzten Sinn und schließt die klaren Fälle ein, auf die er sich bezieht. Er bemühte sich ursprünglich, diese Fälle durch eine auf allgemeinen sprachlichen Konventionen gründende Begriffsinterpretation abzuleiten, aus der allgemeinen Bedeutung des Wortes ohne Zusammenhang zu irgendeinem Rechtskontext. Als Beispiel führte er an: Bestimmt die Rechtsnorm ein Verbot jeden Eindringens von Fuhrwerken in den öffentlichen Park, dann ist es gänzlich unzweifelhaft, dass ein solches Verbot sich auch auf Automobile bezieht. Gegen seine Auffassung richteten sich Einwände, besonders gegen die Begrenzung der Interpretation nur auf das rein Verbale, ganz unabhängig vom Zweck, den die Norm verfolgt. Es wurde auch darauf verwiesen, dass es im angeführten Beispiel auch nicht möglich wäre, ein Automobil aus dem Zweiten Weltkrieg als Denkmal im Park zu installieren. Infolge dieser Kritik änderte er seine Ansicht und bei der Auslegung des Begriffes den Ort der grammatischen auf der Extraktion der Bedeutung gründenden Auslegung, welche einen Begriff in der geläufigen Sprache hat, legte im Einklang mit dem Prinzip der *stare decisis* die Betonung auf die in Gerichtsentscheidungen und in deren enthaltenen Rechtssätzen angeführte Sprache (*ratio decidendi*). Seine Interpretationsmethode wird also als Auslegung durch Analogie dargestellt. Sie verwendet sie nicht nur beim Auftreten von Fällen, die in die Begriffswurzel fallen, sondern mit einer bestimmten Modifikation auch derjenigen, die sich in den unsichereren Umfang einordnen lassen.<sup>457</sup>

Bekannte Beispiele, mit denen der nicht klar zu entscheidende Fall verglichen wird, sind Fälle, die bereits der Begriffswurzel zugeordnet wurden. Der zu entscheidende Fall ist im interpretierten Ausdruck enthalten, wenn er in seinen „entscheidenden Merkmalen“ dem bekannten Fall ähnelt. Die Relativität dieses Kriteriums bemüht er sich dann dadurch zu mäßigen, dass er auf den Zweck und das Ziel der Rechtsnorm verweist, in der der Begriff enthalten ist, wobei er dann das Erheblichkeitsmaß der ausgewählten Merkmale und den erforderlichen Grad an Ähnlichkeit bestimmt.<sup>458</sup>

Mit dem Gebrauch des Terminus „vager Begriff“ (*vágní pojem*) für den unbestimmten Rechtsbegriff ist der erste Schritt zu ihrer Klassifikation getan. Über einige weitere Arten von

---

<sup>456</sup> penumbra (engl.)=Halbschatten.

<sup>457</sup> Resümierend *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 25.

<sup>458</sup> *Eckmann*, H.: a. a. O., S. 54-57.

unbestimmten Rechtsbegriffen, wie sie die Rechtslehre anführt, wird exkursorisch ein Abriss im nachfolgenden Abschnitt gegeben.

## *(2) Exkurs: Klassifikation unbestimmter Rechtsbegriffe*

Die unbestimmten Rechtsbegriffe werden in der juristischen Fachliteratur unterschiedlich kategorisiert. Es ist nicht möglich, einen einheitlichen und allen unbestimmten Rechtsbegriffen gemeinsamen klassifikatorischen Gesichtspunkt, der es genau ermöglicht, Merkmale festzustellen, nach denen die einzelnen Begriffe in diese oder jene Gruppe eingeteilt werden könnte. Nach *Bažil* ergibt sich die Unmöglichkeit der Definition ganz genauer klassifizierender Kriterien aus dem Wesen des unbestimmten Rechtsbegriffs selbst.<sup>459</sup>

Als Beispiel lässt sich insoweit der Ausdruck „gut“ anführen. Bei ihm kann die Betonung sowohl auf seine wertende (*hodnotící*) als auch deskriptive (*popisný* bzw. *deskriptivní*) Bedeutung gelegt werden, und danach kann das mit ihm verbundene Substantiv der Gruppe der wertenden oder deskriptiven Begriffe zugeordnet werden. Im ersten Fall ist dies es daher so, dass der erwähnte Ausdruck eine konstante, positive vom Gegenstand unabhängige Wertung hat, der dieser Ausdruck zugetan ist (Der Mensch ist gut, weil er bestimmte positive Charaktereigenschaften hat. Die Maschine ist gut, weil sie einen kontinuierlichen, einwandfreien Betrieb hat.). Dagegen lässt sich der Begriff als deskriptiv ansehen, wenn mit dem erwähnten Ausdruck keine allgemeinen, sondern spezielle Bedingungen bestimmt werden, unter denen sich der konkrete Gegenstand als gut bezeichnen lässt und die bei unterschiedlichen Gegenständen unterschiedlich sind (z. B. anders im Fall von Tennisspielern, anders bei Ärzten, Anwälten, anders bei Geigen, Automobilen usw.). In diesem zweiten Fall ist der erwähnte Ausdruck keine konstante, was eben für die Wertbegriffe in Form eines positiven oder negativen Prädikats charakteristisch ist, sondern eine veränderliche Größe, die bei unterschiedlichen Gegenständen unterschiedlich ist.<sup>460</sup>

Mit dem Vorbehalt der angedeuteten Ungenauigkeit lassen sich die unbestimmten Rechtsbegriffe in die folgenden grundlegenden Gruppen gliedern<sup>461</sup>:

### *(i) Normative Wertbegriffe (normativní hodnotové pojmy)*

Wie sich aus ihrem Ausdruck ergibt, werden dieser Gruppe Begriffe zugeordnet, deren bestimmendes Merkmal ihre Normativität ist. Auf das, was man unter Normativität des Begriffes versteht, sind in der Rechtslehre zwei Antworten gegeben worden.<sup>462</sup> Nach der ersten ist der Rechtsbegriff dann normativ, wenn sein Inhalt und Umfang in der Rechtsvorschrift auf bestimmte Weise geregelt werden. Die

---

<sup>459</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 25.

<sup>460</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 25 f.

<sup>461</sup> Vgl. dazu die Einteilung von Bažil, Z.: a. a. O., S. 26.

<sup>462</sup> Vgl. Engisch, K.: a. a. O., S. 143 f.

rechtliche Regelung des Begriffes ist also Bedingung seiner Normativität. Diese Auffassung beantwortet aber nicht das Wesen der unbestimmten Rechtsbegriffe, denn sie erfasst nicht ihr Hauptmerkmal, welches die Unbestimmtheit ist. Die genaue Formulierung des unbestimmten Rechtsbegriffes drückt umgekehrt seine Bestimmtheit aus und verursacht nicht Zweifel über seinen Sinn und die Art der Anwendung. Für unbestimmte Rechtsbegriffe ist das Verständnis von Normativität nach der zweiten Ansicht bedeutsam, wonach ein solcher bei Rechtsbegriffen gegeben ist, bei denen die Definition ihres Umfangs die Ausführung der Bewertung der tatsächlichen Umstände des zu entscheidenden Falles zum Zweck der Beurteilung ausdrückt, ob diese Tatsachen dem gegebenen unbestimmten Rechtsbegriff entsprechen oder nicht. Die Werturteile des einen solchen unbestimmten Rechtsbegriff beinhaltende Rechtsnorm Anwendenden können sowohl nach von ihm bestimmten Kriterien (persönlich-subjektive Wertung) oder allgemeinen unpersönlichen Kriterien (objektive Wertung) ausgeformt sein, die der Normschöpfer z. B. dadurch bestimmt, dass er auf die Wertvorstellung der Gesamtheit (z. B. durch Gebrauch des Ausdrucks „gute Sitten“, „guter Glaube“) oder einer bestimmten Gruppe (wie beim Gebrauch z. B. des Ausdrucks „Sorge des ordentlichen Gastwirts“) verweist. Weil der wesentliche Teil der unbestimmten Rechtsbegriffe Raum (*prostor*) für die Ausformung von Werturteilen liefert und dadurch auch eine charakteristische weitere Entscheidungsmöglichkeit, wurden unbestimmte Rechtsbegriffe mit Wertbegriffen gleichgesetzt.<sup>463</sup>

(ii) *Deskriptive und Erfahrungsbegriffe (deskriptivní a zkušenostní pojmy) (Begriffe, die sich auf empirische Tatsachen, Beziehungen und Umstände beziehen)*

Unter deskriptiven Begriffen versteht *Bažil* solche, die bekannte Objekte beschreiben, also grundsätzlich wahrnehmbare und empirisch feststellbare Begriffe (z. B. „Mensch“ („*člověk*“), „Tod“ („*smrt*“), „Dunkelheit“ („*tma*“)).<sup>464</sup> Der klassifizierende Gesichtspunkt sind die Beschreibung der bestimmten Gegenstände, Erscheinungen und Subjekte, aber auch ihre Eigenschaften. Einige Differenzierungen von Rechtsbegriffen in empirische und deskriptive werden nicht als stichhaltig angesehen und nur als Versuch einer terminologischen Unterscheidung, auch wenn beide Termini als Synonyme begriffen werden.<sup>465</sup> Andere dagegen anerkennen die Selbständigkeit dieser Gattungen, auch wenn sie gegenständlich sehr nahe bei einander liegen. Den unbestimmten deskriptiven Begriffen (z. B. „Nachtzeit“ („*noční doba*“)) stellt *Carl Hermann Ule*<sup>466</sup> die Wertbegriffe gegenüber. Während er Erstere als reines Subsumtionsproblem ansieht und es ausreicht, die Tatsachen festzustellen, die der Bedeutung dieser Begriffe der festgestellten Interpretation entsprechen, und sie ohne Gebrauch einer subjektiven Wertung diesen Begriffen unterordnen, erfordert dagegen die Unterordnung der Tatsache

<sup>463</sup> Vgl. *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 27.

<sup>464</sup> *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 27.

<sup>465</sup> *Wacup*, G.: a. a. O., S. 39.

<sup>466</sup> *Ule*, Carl Hermann: Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. Mainz*, Band 6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. Hrsg. von Otto Bachof, Martin Drath, Otto Gönnerwein, Ernst Walz. Durchgesehene, textlich unveränderte 2. Auflage. Günter Olzog Verlag München 1955, S. 309 (318 ff.).

unter den Tatbestand mit einem Wertbegriff, dass der „Mittelsatz“ festgestellt wird, der den Ober- und Untersatz des subsumierenden logischen Syllogismus verbindet; die Feststellung solcher Sätze im Fall unbestimmter deskriptiver Begriffe ist nicht nötig.

Als Beispiel der Notwendigkeit einer Konstruktion des Mittelsatzes führt er an: Wenn die Rechtsnorm bestimmt, dass die Erlaubnis nicht erteilt werden darf, wenn der Bewerber unzuverlässig und im konkreten Fall der Antragsteller wegen Diebstahls bestraft wurde, dann ist die bloße Subsumtion im Sinne des logischen Verfahrens nicht möglich. Es muss ein Urteil darüber getätigt werden, dass die frühere Bestrafung allein an sich oder unter welchen Bedingungen eine Unzuverlässigkeit des Antragstellers herbeiführen kann. Ein solches Urteil ermöglicht dann der Mittelsatz, der z. B. „Jede Bestrafung wegen Diebstahls durch Freiheitsstrafe macht den Bewerber unzuverlässig“ lauten kann. Erst wenn dieser Mittelsatz gefunden wird, kann die Tatsache unter den gegebenen Tatbestand untergeordnet werden. Wie relativ auch dieses Differenzierungskriterium ist, ergibt sich daraus, dass auch bei unbestimmten deskriptiven Begriffen oft ein ähnlicher Mittelsatz notwendig gefunden werden muss, der erst den eigentlichen Subsumtionsprozess ermöglicht. So verhält es sich beispielsweise mit dem gewählten Begriff „Nachtzeit“, der also erst angewandt wird, wenn die Zeitangabe bestimmt wird, durch die sein Anfang und Ende definiert werden. Ein solcher Satz könnte dann lauten: „Die Nachtzeit ist der Zeitraum von 22 bis 6 Uhr morgens“.

Als empirische Begriffe oder Erfahrungsbegriffe werden nach *Bažil* Begriffe angesehen, für deren Verständnis und Gebrauch eine bestimmte empirische Erfahrung oder bestimmtes Fachwissen und Fachkenntnis nötig ist.<sup>467</sup> Das drückt übrigens auch die oft gehörte menschliche Redensart „man spricht wie ein Blinder über Farben“ („*mluví jako slěpý o barvách*“)<sup>468</sup> aus, womit gesagt werden soll, dass man über etwas spricht, was man nicht versteht, dass man einen Ausdruck gebraucht, deren Bedeutung Einem fremd ist, dass es auch nicht gelingt, sie sich ausreichend vorzustellen, denn man hat demzufolge nicht die nötige Erfahrung. Der Blinde, der Farben niemals gesehen hat, ist nicht fähig, sich irgendeine Farbe vorzustellen und damit ist ihm auch der allgemeine Begriff „Farbe“ („*barva*“) nicht zugänglich. Die Erfahrung als Vorstellung der Möglichkeit, Inhalt und Umfang des unbestimmten Rechtsbegriffes zu verstehen, ist im Wesentlichen die Fähigkeit, sich bestimmte Tatsachen, Gegenstände oder Erscheinungen einschließlich ihrer Eigenschaften und anderen spezifischen Elemente vorzustellen. Dieser Vorstellung liegt nach *Bažil* – in den Worten *Franz Brentanos* – die unmittelbare Erkenntnis (modo recto)<sup>469</sup> zugrunde, wenn wir uns den Gegenstand der Erkenntnis durch die eigene Wahrnehmung, eigene sinnliche oder vermittelnde Tätigkeit (modo obliquo) vorstellen, wenn es um die Vorstellung des erkannten Gegenstands durch irgendeinen

---

<sup>467</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 28.

<sup>468</sup> Das Beispiel stammt von Bažil, Z.: a. a. O., S. 28.

<sup>469</sup> Vgl. Brentano, Franz: Über Wahrnehmung modo recto, modo obliquo und die Zeitwahrnehmung (= Erster Abschnitt, Erstes Kapitel, § 5. des Dritten Bandes der *Psychologie vom empirischen Standpunkt*); vgl. auch ders.: Vom inneren Bewusstsein" (= II. Buch, II. Kapitel des 1. Bandes der *Psychologie vom empirischen Standpunkt*), PhB192: Meiner 1924 (Nachdrucke).

anderen und dessen Vorwegnahme geht.<sup>470</sup> Demnach lassen sich durch die Erfahrung die unbestimmten Rechtsbegriffe auch einteilen in diejenigen, die entweder unmittelbare, persönliche Erfahrung des erkennenden Subjekts, z. B. des Angehörigen der Verkehrspolizei bei Schätzung der Geschwindigkeit der Fahrt des Führers des Motorfahrzeugs bei der Beurteilung der „Angemessenheit“ (*„přiměřenost“*) der Geschwindigkeit der Fahrt, oder mittelbare, wenn es sich um die verallgemeinerte oder zusammengefasste Erfahrung mehrerer Individuen oder einer größeren Gruppe von Menschen handelt und sie folglich eine gewisse allgemeine Erfahrung ausdrückt. Der Veranschaulichung der Auslegung auf allgemeiner Erfahrung gründender unbestimmter Rechtsbegriffe dienen folgende Judikate des ehemaligen NSS<sup>471</sup>:

a) Boh. A 5512/26 – Auslegung des Begriffes „Unbescholtenheit“ (*„bezúhonnost“*)

Durch die Entscheidung des Verwaltungsorgans wurde der Bürger P. aus der Gemeinde D. ausgewiesen. Eine der Voraussetzungen der Ausweisung nach den damals gültigen Rechtsvorschriften war, dass es sich um eine Person handeln musste, die kein unbescholtenes Leben führte. Die Erfüllung dieser Bedingungen sah das Verwaltungsorgan unter anderem auch darin, dass der Bürger P. wegen Eigentumsdelikten verurteilt worden war. Die Beschwerde wandte ein, dass geringfügige Eigentumsdelikte die Erfüllung dieser Bedingungen nicht begründen können.

Das ehemalige NSS wies die Beschwerde zurück und führte in seinem Erkenntnis aus:

„Das Gesetz definiert den Begriff Unbescholtenheit nicht. Nach dem eigenen Sinn des Wortes ist Unbescholtenheit der faktische Zustand, der durch das Verhalten des Individuums und durch die Art seines Lebens gegeben ist. Bei der Beurteilung der Unbescholtenheit muss das Verhalten der Person berücksichtigt werden. Delikte, die geeignet sind, eine öffentliche Herabsetzung des Täters in den Augen der Mitbürger herbeizuführen und ein öffentliches Ärgernis zu erregen, haben differenzierenden Charakter. Nach dem Begriffssinn haben dieses Wesen besonders aus Gewinnsucht begangene Delikte, seien sie als Vergehen kodifiziert worden, sei es beim bloßen Versuch geblieben, dass sie aus irgendwelchen Motiven begangen wurden, denn diese Delikte haben schon an sich die öffentliche Herabsetzung des Täters bei den Mitbürgern und ein allgemeines Ärgernis zur Folge. Die Person, die solche Taten begeht, kann nicht als unbescholten angesehen werden, solange durch tadelloses, längere Zeit andauerndes Verhalten und die Art ihres Lebens nicht die Überzeugung der Mitbürger über ihre sittliche Minderwertigkeit widerlegt hat und solange sie die Bürgerehre nicht wieder gewonnen hat.“

b) Boh. A 6571/27 – Der Verweis auf die allgemeine Erfahrung bei der Auslegung des Begriffes „Markenähnlichkeit“ (*„podobnost známek“*)

---

<sup>470</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 28.

<sup>471</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 29.

Das Verwaltungsorgan entsprach nicht dem Begehren der Beschwerdeführerin auf Löschung der geschützten Marke, über die sie behauptete, dass sie einer anderen schon früher eingeschriebenen Marke ähnlich sei.

Das ehemalige NSS gab in seinem Erkenntnis, das der eingereichten Beschwerde entsprach, vor allem eine Auslegung des Begriffes „Markenähnlichkeit“. Weiter führte es dann aus, wie sich das Verwaltungsorgan bei der Lösung der Frage der Markenähnlichkeit verhalten, d. h. die Unterschiede der Marken feststellen und logisch begründen soll, ob diese Unterschiede dieser Tragweite sind, dass „sie nach der allgemeinen Erfahrung auch bei keiner besonderen Sorgfalt durch den gewöhnlichen Verbraucher wahrgenommen werden“.

Die empirischen Begriffe pflegten auch danach eingeteilt zu werden, ob ihre Bedeutung durch Zeit und Ort bedingt ist (z. B. die Auslegung des schon erwähnten Begriffes „Nachtzeit“ unterschiedlich nach Orten, d. h. auf dem Land wird Nachtzeit anders begriffen, wo sie früh anfängt und früh endet, und anders in der Stadt und wieder anders nach gegebenen natürlichen Bedingungen wie im Fall der Beleuchtung von Verkehrshindernissen öffentlicher Verbindungen, wo die Zeit tatsächlicher Dunkelheit entscheidend ist) oder durch eigene Kenntnisse und Erfahrungen dessen, dem das Gesetz die Anwendung der Rechtsnorm mit einem solchen Begriff übertragen hat.<sup>472</sup>

### *(iii) Typenbegriffe (typové pojmy)*

So wie einige Theoretiker die Wertbegriffe als Hauptgruppe der unbestimmten Rechtsbegriffe ansehen, so sind andere vor allem *H. J. Wolff*, aber auch *Karl Larenz* der Ansicht, dass die unbestimmten Rechtsbegriffe überwiegend sog. Typenbegriffe sind.

Nach *Wolffscher*<sup>473</sup> Auffassung sind Typenbegriffe solche, die nur den Bereich der Tatsachen (Vorgänge, Ereignisse), Interessen und Werte bestimmen, keineswegs aber die Klasse der Gegenstände, die in diese Bereiche gehören. Sie bilden nur einen gewissen Rahmen, in den sich dann verschiedene, wenn auch sich einander ähnliche Gegenstände einordnen lassen, die dem Charakter des Typs entsprechen. Die Gebundenheit der Verwaltungsorgane, die sich für sie aus diesen Begriffen ergibt, ist bloß dem Typ nach in ihnen enthalten.

Diese Definition der Typenbegriffe pflegt vorgehalten zu werden, dass das Hauptmerkmal, das ihn charakterisiert, d. h. den „Typ“, nicht hinreichend genau definiert wird und so nicht die richtige Vorstellung darüber ermöglicht, wie sie sich feststellen lässt. Eine genauere Erklärung der Typenbegriffe versuchte auch *K. Larenz*<sup>474</sup> zu geben, jedoch ist es auch ihm leider nicht gelungen, eine begriedigende und erschöpfende Antwort auf den erwähnten Vorwurf zu geben, insbesondere dann

---

<sup>472</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 29 f. unter Berufung auf Verwaltungsrecht – Texte II, Ausgabe Quellen und neue Strömungen der Rechtswissenschaft, Praha 1991, S. 36.

<sup>473</sup> Wolff, H. J.: a. a. O., S. 189.

<sup>474</sup> Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, sechste, neu bearbeitete Auflage, Springer-Verlag Berlin u. a. 1991, S. 460 ff.

eine Anleitung zu liefern, solange das freilich überhaupt möglich ist, wie ein solcher Begriff bei der Entscheidung des konkreten Falles zu verwenden ist. Nach ihm versteht man Begriffe als typisch, die unmöglich definiert, sondern nur beschrieben werden können. Als wesentlich bei diesen Begriffen sieht er an, dass ihre Anwendung auf die konkrete Tatsache nicht die Erfüllung aller Merkmale des entsprechenden gegebenen Typus voraussetzt, so wie das im Falle der Begriffe sein müsste, die in einer Rechtsvorschrift genau definiert werden. Diese Merkmale kennzeichnen eher nur wie Indizien.<sup>475</sup>

„Ob eine bestimmte Tatsache dem Typ entspricht oder nicht, das ist unmöglich nur aufgrund dessen zu entscheiden, ob er alle als offensichtlich nicht unerheblichen Merkmale enthält. Eher geht es darum, ob Merkmale existieren, die sich als dem vorliegenden Typ entsprechende ansehen lassen, in solcher Anzahl und Intensität, dass die Tatsache im Ganzen der Vorstellung des Typs entspricht. Aus diesem Grund ist die logische Subsumtion unter diese Begriffe nicht möglich, sondern die Unterordnung der konkreten Tatsache ist nur eine wertende Unterordnung“.<sup>476</sup>

An die Stelle des Urteils über die Subsumtion tritt im Fall des Typen das Urteil, dass die beurteilte Tatsache dem ähnlich ist, was so bereits nach den Gesichtspunkten beurteilt worden ist, die für eine solche Beurteilung schon einmal festgestellt worden sind.<sup>477</sup>

Während der definierte Begriff abgeschlossen ist, es gibt nur ein scharfes „Entweder-Oder“ (entweder die Tatsache entspricht durch seine Merkmale dem gegebenen Begriff oder nicht), ist der Typ geöffnet mit der Betonung des ihm entsprechenden Prädikats „mehr oder weniger“ („více či méně“) (die Tatsache entspricht mehr oder weniger dem gegebenen Fall). So z. B. drücken die Ausdrücke „Mittäterschaft“ („spolupachatelství“) oder „Mitteilnahme“ („spoluúčast“) nicht genau bestimmte Begriffe aus, sondern beschreiben nur Funktionszusammenhänge zwischen mehreren Teilnehmern bei Begehung der Straftat. Wenn sich die Tatsache also unter den Begriff unterordnen lässt, solange er diese Merkmale als genau bestimmter Begriff aufweist, dann kann im Hinblick auf die Geöffnetheit des Typs die Tatsache nur als dem Typ entsprechend erachtet werden. Entscheidend ist, ob er einen bedeutenden Inhalt aufweist, die Funktionszusammenhänge, die durch den Typ beschrieben werden. Solange deshalb in der oben angeführten Rechtsnorm – die die Befugnis des Verwaltungsorgans zur Erteilung der Erlaubnis an die Zuverlässigkeit des Antragstellers gebunden hat, der Ausdruck „zuverlässig“ („spolehlivý“) als Typenbegriff angesehen werden würde, dann müssten im Einklang mit dem ihm entsprechenden Prädikat die die Erlaubnis begehrenden Bewerber danach geordnet werden, ob sie zuverlässig sind, weniger zuverlässig oder eben so zuverlässig wie andere Antragsteller.<sup>478</sup>

Zum Ganzen merkt Koch<sup>479</sup> nach Bažil zutreffend an, dass sich überhaupt schwer weiter ein Maß finden lasse, das die erwähnte Gliederung ermögliche und gleichzeitig erlaube zu sagen, welche Fälle

---

<sup>475</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 30.

<sup>476</sup> Larenz, K.: a. a. O.

<sup>477</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 30.

<sup>478</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 31.

<sup>479</sup> Koch, Hans-Joachim: a. a. O., S. 16.

unter diesen Begriff fallen und welche nicht.<sup>480</sup> Der Verwaltungsbeamte oder der Richter stünden immer vor der nicht zu beantwortenden Frage, ob die Tatsache des zu entscheidenden Falles dem vorliegenden unbestimmten Rechtsbegriff als Typ entsprechen oder nicht entsprechen. Diese Klassifikation der unbestimmten Rechtsbegriffe ist daher unzweifelhaft ein Phänomen einer gewissen sprachlichen Unvollkommenheit, die dem Menschen eigen ist, dass durch einen bestimmten Ausdruck nicht alle Spezifika eindeutiger ihm entsprechender Gegenstände erfasst werden können. Daher lässt sich die Klassifikation als scharfsinnig, aber für die Praxis schwerlich brauchbare Konstruktion ansehen.

*(iv) Dispositive (prognostische) Begriffe (dispozitivní (prognostické) pojmy)*

Bažil<sup>481</sup> verweist hinsichtlich dieser Bezeichnung auf Koch<sup>482</sup>, der darunter unbestimmte Rechtsbegriffe versteht, die durch den bezeichneten Ausdruck als sog. dispositives Prädikat ausgedrückt werden, von denen die Eigenschaften einiger Gegenstände nur angedeutet werden, sie sind nicht näher spezifiziert und daher auch nicht direkt offensichtlich (beobachtbar). Diese Eigenschaften zum Zweck der Beurteilung zu erkennen, ob die bestimmte Tatsache sich unter einen solchen Begriff unterordnen lässt, erfordert die Ausführung einer bestimmten Rechtsfolge (irgendeiner Handlung), die erst ermöglicht, die Existenz oder Nichtexistenz solcher Eigenschaften festzustellen.

„Kaum lässt sich ohne weitere Erkenntnis über irgendeinen Menschen sagen, dass er ein Mensch „einem Anderen immer hilfsbereit“ ist, ohne dass Ermittlungen durchgeführt worden wären, wie er sich in der Vergangenheit in diesem Sinne verhielt oder ohne dass auf andere Weise Kenntnis über sein Verhalten gewonnen worden wäre.“<sup>483</sup>

Als Beispiel eines unbestimmten Rechtsbegriffs, an dem sich der prognostische Charakter demonstrieren lässt, wird der Ausdruck „Geeignetheit zur sittlichen Gefährdung der Jugend“ angeführt, mit dessen Auslegung und Gebrauch sich im Jahr 1971 das deutsche Bundesverwaltungsgericht bei der Überprüfung der Entscheidung des Verwaltungsorgans darüber beschäftigte, ob ein bestimmtes literarisches Buch in die Liste der Literatur mit der Eignung zur Gefährdung der sittlichen Entwicklung der Jugend aufgenommen werden kann.<sup>484</sup> In der Begründung seiner Entscheidung führte das BVerwG unter Anderem an, dass die Vorstellung darüber, dass der Ausdruck „Eignung zur sittlichen Gefährdung der Jugend“ nur eine richtige Entscheidung zulässt, bloße Fiktion ist. Bei der Feststellung dieses Begriffes geht es nach Ansicht des Gerichts nämlich nicht um die Feststellung bestimmter Tatsachen und ihrer Unterordnung unter diesen Begriff, sondern vielmehr um das vorausschauende und wertende Urteil, und folglich sind mehrere Lösungen denkbar. Am Schluss betonte es dann, dass die Sachentscheidung eigene Kenntnisse und

---

<sup>480</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 31.

<sup>481</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 31.

<sup>482</sup> Koch, Hans-Joachim: a. a. O., S. 16 ff.

<sup>483</sup> So aufgreifend Bažil, Z.: a. a. O., S. 31.

<sup>484</sup> Koch, Hans-Joachim: a. a. O., S. 17.



Erfahrungen erfordert, die nur ein dafür qualifiziertes Verwaltungsorgan haben kann und dieses dann beim Vollzug dieser Entscheidungsbefugnis durch ein anderes Organ unvertretbar ist.

An diesem Beispiel führt *Koch* dann die Operation näher aus, die ausgeführt werden müsste, damit es im Interesse der Feststellung der Bedeutung des gegebenen unbestimmten Rechtsbegriffes und seines Gebrauchs möglich würde, den Einfluss des gegenständlichen literarischen Bandes auf das zukünftige Verhalten der Jugend festzustellen.<sup>485</sup> Ein Teil dieser Operationen (wie die Durchführung eines Tests mit ausgewählten Gruppen der Jugend und die Beachtung, welchen Einfluss das Lesen des gegebenen literarischen Buches auf ihr Verhalten hätte) ist insbesondere nur spekulativ und unvorhersehbar. Der zweite Teil gründet auf der bestimmten Prognose eines hypothetischen Verhaltens der Jugend (diese kommt aus der Erfahrung, schon in der Vergangenheit festgestellte Zusammenhänge zwischen so ähnlichen lesbaren Schriften und ihrem Einfluss auf das sittliche und Gefühlsleben der Jugend und ihr gesamtes Verhalten). Daher sind unbestimmte Rechtsbegriffe mit dispositivem Prädikat auch sogenannte prognostische Begriffe.

Prognostische Urteile der Verwaltungsorgane lassen sich auch in der Judikatur auffinden:

In der Sache Boh. A 11496/34 beschäftigte sich das ehemalige NSS mit einer Beschwerde, die gegen die Entscheidung eines Verwaltungsorgans über einen das Gebiet Ž. regelnden Regulierungs- und Stilllegungsplan. Es ging insbesondere um den Teil des genehmigten Plans, in dem die Erweiterung der Straße K. aus Sicherheitsgründen erwogen wurde, denn mit Rücksicht auf ihre Lage und geplanten Ausbau wird Ž. in Zukunft besonders ausgeprägt für den Verkehr genutzt werden. Zu dieser Streitfrage führte das ehemalige NSS an, dass dies keine Rechtsfrage sei, sondern eine fachmännische Tatsachenfrage, deren Beantwortung von der Folge der Wertung verschiedenster Tatsachenumstände abhängt, und das nicht nur von solchen, die bereits jetzt existieren, sondern auch solchen, die erst in Zukunft wahrscheinlich eintreten. In diesem Zusammenhang sprach das ehemalige NSS die Ansicht aus, dass von dem Verwaltungsorgan unmöglich gefordert werden kann, dass es darüber genauen Beweis zu erbringen hatte, in welchem Maße in Zukunft die betreffende Verbindung genutzt werden würde. Sein Urteil in dieser Richtung wird immer auf einer bloßen Schätzung beruhen, die aber nicht ganz willkürlich sein darf, sondern an konkrete Tatsachen angelehnt sein muss. Diesem Erfordernis entsprach das Verwaltungsorgan, als es anführte, dass die erwähnte Straße eine der Hauptfahrverbindungen zum neuen Güterbahnhof sein wird und dass sie für den Verkehr zu diesem Bahnhof eher als eine andere ausgesucht werden wird, weil sie die kürzere Verbindung ist. Das wertende Urteil des Verwaltungsorgans als fachmännisches Urteil wurde vom ehemaligen NSS in sachlicher Hinsicht nicht zur Überprüfung herangezogen und in formaler Hinsicht fand sich kein Fehler wieder.

### (3) Bestimmung des Inhalts und des Umfangs unbestimmter Rechtsbegriffe

---

<sup>485</sup> Koch, Hans-Joachim: a. a. O., S. 17 f.

Nach *Bažil* treten in der Tätigkeit der Verwaltungsorgane bei der Anwendung von unbestimmte Rechtsbegriffe enthaltenen Rechtsnormen Schwierigkeiten auf.<sup>486</sup> Unklar bleibt sowohl der Inhalt als auch der Umfang dieser Begriffe. Zu Zweifeln kommt es sowohl bei der Klärung ihrer Bedeutung als auch bei der Suche nach einer Antwort auf die Frage, ob der gegebene Fall (genauer die Tatsachen, die ihn bilden) Gegenstand des gegebenen unbestimmten Rechtsbegriffs sein kann oder nicht. Beigetragen zur Beilegung dieser Schwierigkeiten wurde durch das Bemühen der Rechtslehre im Rahmen der Erwägungen über den Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Rechtsnormen mit unbestimmten Rechtsbegriffen anwendenden Verwaltungsentscheidungen.<sup>487</sup> Die Meinungsdifferenzierung, die dabei hervorgetreten ist, fand ihren Ausdruck in der Herausarbeitung zweier ganz gegenläufiger Theorien.

*(i) Die These der „einzig richtigen Entscheidung“*

Der ersten Theorie wurde das Prinzip „nur einer richtigen Entscheidung“ zugrundegelegt. Ihre Vertreter gingen von der Vorstellung aus, dass der unbestimmte Rechtsbegriff nur eine Art der Lösung eines bestimmten Rechtsverhältnisses ermöglicht und das Verwaltungsorgan bei der Entscheidung des konkreten Falles die Erkenntnis dieser Art der Lösung zur Aufgabe hat und im Einklang damit die Entscheidung zu erlassen hat, die sich als die einzig richtige ansehen lässt. Dabei muss es Gesichtspunkte, von denen es sich bei der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes leiten lassen wird, direkt in der Rechtsordnung suchen, in der diese enthalten sind. Daher unterscheidet sich das Verfahren des Verwaltungsorgans beim Gebrauch des unbestimmten Rechtsbegriffs keineswegs vom Vollzug bei der Anwendung von Rechtsnormen mit bestimmten Rechtsbegriffen.<sup>488</sup>

Anlass zu dieser Theorie gab bereits *Rudolf von Laun*<sup>489</sup> im Jahr 1910, der in seiner Habilitationsarbeit die Ansicht vertrat, dass unbestimmte Rechtsbegriffe nur zwei Arten von Lösungen erlauben, eine positive oder negative.

Das dokumentierte er am Ausdruck „gefährlich“, der zur Charakterisierung des Betriebs irgendeines Unternehmers gebraucht wird, und behauptete, dass ein solcher Unternehmer entweder als gefährlich oder ungefährlich bezeichnet werden kann, denn gleichzeitig beide

---

<sup>486</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 32.

<sup>487</sup> So auch Bažil, Z.: a. a. O., S. 32.

<sup>488</sup> Zusammenfassend Bažil, Z.: a. a. O., S. 32.

<sup>489</sup> Laun, Rudolf von: Das freie Ermessen und seine Grenzen, Franz Deuticke Leipzig und Wien 1910, S. 60.

Schlüsse zu ziehen ist unmöglich und eine andere Lösung lässt die Rechtsordnung nicht zu. Daher kann das Verwaltungsorgan auch nicht nach „opportunen“ Gesichtspunkten zwischen den beiden Alternativen eine andere Lösung annehmen.

Später mäßigte er seinen rigorosen Standpunkt dadurch, dass er die Möglichkeit auch einer anderen als nur der positiven oder negativen Lösung zuließ, aber band die Möglichkeit einer solchen dritten Lösung an die Voraussetzung, dass dies die einschlägige rechtliche Regelung so bestimmt.<sup>490</sup>

Diesen Gedanken drückte er am Beispiel der Bewertung des Schülers nach Ablegen der Abiturprüfungen aus, die nach gegebenem Rechtszustand nicht anders ausgehen kann als bestanden oder nicht bestanden und soweit man sich zwischen diesen Bewertungsweisen entscheiden sollte, müsste das Gesetz direkt die Bedingungen für ein solches Verfahren bestimmen.

Einen noch strengeren Standpunkt in dieser Angelegenheit vertrat *Friedrich Ossenbühl*<sup>491</sup>, der überhaupt nicht zuließ, dass unbestimmte Rechtsbegriffe entweder positive oder negative Lösungen ermöglichten. Die Rechtsordnung kann danach, wenn sie nicht im Geringsten als absonderlich charakterisiert werden soll, nicht eine ganz gegensätzliche Lösung als gleichwertig gestatten und als solche ansehen:

Der Konzessionsbewerber ist dazu entweder geeignet oder ungeeignet, eine andere Lösung gibt es nicht. Dem Verwaltungsorgan erlaubt das Recht die Wahl zwischen den Alternativen „ja“ oder „nein“. Seine Aufgabe ist es, auch wenn dies nicht immer leicht ist, alles zu tun, damit nur eine Entscheidung erlassen werden kann, die sich als die einzige dem Gesetz entsprechende und folglich auch als einzig richtige ansehen lässt.

Ähnlich argumentiert auch *Joachim Schmidt-Salzer*<sup>492</sup>, der die Richtigkeit einer und nur einzigen Entscheidung als gerade einen Teil des Wesens des Rechts bildendes „Ideal objektiver Richtigkeit“ ansah. Vom Wesen des Rechts her ist es also ausgeschlossen, dass für

---

<sup>490</sup> Laun, Rudolf von: a. a. O.

<sup>491</sup> Vgl. dazu Koch, a. a. O., S. 77.

<sup>492</sup> Schmidt-Salzer, Joachim: Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 74, Duncker & Humblot Berlin 1968, S. 45.

ein konkretes Rechtsverhältnis zwei verschiedene Entscheidungen gleichermaßen „rechters“ sind.<sup>493</sup>

Nach *Bažil* ist das Wesensmerkmal der These, auf die sich diese Theorie stützt, Ausdruck der „richtigen Entscheidung“.<sup>494</sup> Das Wort „richtig“ („*správny*“) (Richtigkeit = *správnost*) ist ein bedeutungsmäßig ungenauer Ausdruck, denn ohne ausführlichere Präzisierung ermöglicht er keine Vorstellung darüber, unter welchen Bedingungen er sich einem bestimmten Subjekt oder Objekt zuordnen lässt, nach welchen Gesichtspunkten es möglich ist, zu bestimmen, was richtig ist oder nicht.

Wenn man sagt, dass das die „richtige“ Lösung einer mathematischen Gleichung über eine Unbekannte ist, dann bringt man dadurch zum Ausdruck, dass ein Verfahren eingehalten wurde, das einzig zur Berechnung der Unbekannten x führen kann. Die Redensart „das ist ein rechter Mensch“ („*to je správny človek*“) verdeutlicht noch nicht, warum ein bestimmter Mensch als solcher bezeichnet wird, solange nicht aus einer Vielzahl möglicher ein einschlägiger Bewertungsgesichtspunkt ausgewählt wird (z. B. Wahrheit redend, Ehrlichkeit, Redlichkeit, der ganze Charakter).<sup>495</sup>

Der Ausdruck „richtige Entscheidung“ ist aus der Sicht des Verwaltungsrechtstheorie eigentlich<sup>496</sup> kein Rechtsbegriff, denn seine Vorschriften verwenden ihn nicht und damit wird er auch nicht genauer formalisiert.<sup>497</sup> Jede Verwaltungsentscheidung hat bestimmte inhaltliche und formale Erfordernisse. Die grundlegenden Erfordernisse regelt die Verwaltungsordnung und weitere besonderen Rechtsvorschriften. Die Rechtslehre sieht dann als grundlegende inhaltliche Erfordernisse der Verwaltungsentscheidung den Ausspruch, die Begründung und die Rechtsmittelbelehrung an, als formale dann die auf die schriftliche Ausfertigung fallenden Anforderungen (die Angabe des Organs, das die Entscheidung erlassen hat, die Daten des Entscheidungserlasses und die Identifikation der Teilnehmer des

---

<sup>493</sup> Schmidt-Salzer, a. a. O., betont dabei (Fn. 20), dass die Frage der Ermessensentscheidungen nicht hierher gehöre, weil die Ermessensermächtigungen der Verwaltungsbehörde die Befugnis zur Entscheidung geben, welche von mehreren denkbaren Regelungen „rechters“ sein soll; ausnahmsweise werde also hier die letztverbindliche Entscheidung über die Rechtsfolgenregelung vom Gesetzgeber an die Verwaltung delegiert.

<sup>494</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 34.

<sup>495</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 34.

<sup>496</sup> Siehe dazu aber den sich der „Richtigkeit“ von Verwaltungsentscheidungen annähernden rechtsdogmatischen Standpunkt vgl. unten.

<sup>497</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 34, der aus der Sicht seines rechtstheoretischen Standpunkts von „Verwaltungsrecht“ statt „Verwaltungsrechtstheorie“ spricht.

Verfahrens).<sup>498</sup> Der wesentlichste Teil der Verwaltungsentscheidung ist ihr Ausspruch (*výrok*), denn in ihm drückt das Verwaltungsorgan aus, wie es in der Sache selbst entschieden hat. Der Inhalt einer Verwaltungsentscheidung lässt sich also nicht nur als die Summe ihrer unerlässlichen Erfordernisse verstehen, sondern auch als eigentliche Sachentscheidung (meritorische (*meritorní*) Entscheidung), also die Weise, wie das Verwaltungsorgan in der Sache entschieden hat, die Gegenstand des Verwaltungsverfahrens war.<sup>499</sup>

Während die oben erwähnten inhaltlichen Erfordernisse der Verwaltungsentscheidung Vorschriften des Prozessrechts regeln, tun dies für Erfordernisse der Sachentscheidung des Verwaltungsorgans vor allem materiellrechtliche Vorschriften in Form von Rechten und Pflichten sowie Bedingungen ihrer Entstehung, Änderung und Vernichtung. Gerade die Einhaltung der prozessualen und materiellen Rechtsvorschriften bei der Bildung der Verwaltungsentscheidung bedingt deren Gesetzmäßigkeit<sup>500</sup>.

„Wenn man die Entscheidung als richtig ansieht, die alle inhaltlichen und formalen Erfordernisse aufweist, dann deckt sich die Richtigkeit der Entscheidung mit ihrer Gesetzmäßigkeit.“<sup>501</sup>

Nach anderem Verständnis kann die Richtigkeit nur auf einen Teil der Entscheidung beschränkt werden (z. B. wie richtig eine solche Entscheidung angesehen wird, die eine gehörige Begründung beinhaltet). Sie kann aber damit auch eine eigene Art Entscheidung in der Sache sein, sodass die Richtigkeit der Entscheidung die Richtigkeit der Lösung in der Sache bedeuten wird. Wiederum ist in diesem Fall – wenn unter Richtigkeit die Einhaltung aller durch materiellrechtliche Vorschriften bestimmten Bedingungen verstanden wird – im Sinne der klassischen Rechtstheorie Identität von Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit gegeben.<sup>502</sup> Dies gilt dann auch im Fall der Anwendung von Rechtsnormen mit unbestimmten Rechtsbegriffen. Eine unterschiedliche Ansicht zur Richtigkeit besteht aber darin, dass nach Meinung von Vertretern der oben erwähnten Theorie der unbestimmte Rechtsbegriff auch mit Blick auf die Eigentümlichkeit der entschiedenen Sache nur eine Art der Sachentscheidung gestattet und es dann Aufgabe des Verwaltungsorgans ist, diese zu erkennen und in seiner

---

<sup>498</sup> Zur Entscheidung als rechtliche Handlungsform allgemein vgl. Boguszak/???, a. a. O., S. 51, 99, 107, 109, 130 f., 158 ff., 193, 263 ff. und 281; zum Verwaltungsakt im Besonderen vgl. Hendrych, D.: a. a. O., S. 115 ff., Rdn. 171 ff.

<sup>499</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 34.

<sup>500</sup> Zum Gesetzmäßigkeits- und Rechtmäßigkeitsbegriff sowie zum Begriff der Richtigkeit bzw. Gerechtigkeit vgl. genauer unten im Kapitel II hinsichtlich der Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen.

<sup>501</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 34.

<sup>502</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 35.

Entscheidung zu verkörpern. Die Möglichkeit mehrerer sich gleichender Arten der Sachentscheidung, aus denen aufgrund seiner Wertung das Verwaltungsorgan erst bestimmt, welche Art es als richtig ansieht, ist unzulässig. Die Unbestimmtheit des Rechtsbegriffes beruht nicht auf der Möglichkeit der Existenz mehrerer gänzlich gleichwertiger Entscheidungen in derselben Sache, sondern drückt die Veränderlichkeit einer verschiedenen, durch eigentümliche Umstände bedingte Natur der entschiedenen Sachen aus, sodass dies für jede von ihnen eine andere, aber immer nur eine einzig mögliche Auslegung und nur eine mögliche Sachlösung bedeuten kann. Nach ihnen bedeutet Richtigkeit der Entscheidung im Wesentlichen irgendeine objektive ihre nur aus dem Recht folgende Eigenschaft, keineswegs eine unbeeinflussbare durch wertende subjektive Urteile des Verwaltungsorgans. Sie stehen auf dem Standpunkt einer absoluten Erkennbarkeit einer solchen Lösung, die in der entschiedenen Sache die einzig mögliche ist. Nach *Bažil* übersieht diese Auffassung jedoch, dass das Organ der ersten Instanz die Richtigkeit anders begreifen kann als das Berufungsorgan, dessen Ansicht im Rahmen des ordentlichen Verwaltungsverfahrens<sup>503</sup> endgültig ist; seine Entscheidung bleibt keinesfalls deshalb richtig, dass sie als solche selbst richtig wäre, sondern nur deshalb, dass sie ein in der Hierarchie der entscheidenden Organe auf oberster Stufe stehendes Organ ausgesprochen hat und das Gesetz dessen Entscheidung die Qualität einer letzten, endgültigen Entscheidung zuerkennt.<sup>504</sup>

Die Ansicht, dass die Rechtsordnung gerade die Möglichkeit zweier oder mehrerer gänzlich gleichwertiger Entscheidungen in derselben Sache ausschließt, spiegelt sich nach *Bažil* im Gedanken einiger Juristen wider, die sich mit der Problematik der unbestimmten Rechtsbegriffe und des freien Ermessens auch in anderen Rechtsgebieten als nur im Verwaltungsrecht beschäftigen.<sup>505</sup> So wurde z. B. auf dem Gebiet des Strafrechts die Frage des gerichtlichen Ermessens (*soudní uvážení*)<sup>506</sup> vor allem in dem Sinne diskutiert, ob der Richter im gedanklichen Verfahren bei der Auferlegung der Strafe das Ermessen mit den Merkmalen kundtut, durch die es die Theorie des Verwaltungsrechts nach Auffassung von *Bažil* charakterisiert, nämlich die Wahlmöglichkeit durch den Gebrauch der subjektiven Überzeugung darüber, was im gegebenen Fall als gut und richtig anzusehen ist. Während die Einen den Rahmen des Strafsatzes als Raum (*prostor*) betrachteten, in dem das richterliche Ermessen mit dem Wahlrecht und vollständig die richterliche Persönlichkeit gelten, lehnten Andere eine solche Ansicht ab und verneinten jegliche

---

<sup>503</sup> Zu den Möglichkeiten der Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen im Verwaltungsverfahren vgl. unten.

<sup>504</sup> *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 35.

<sup>505</sup> *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 35.

<sup>506</sup> Verwendet wird auch der Ausdruck „soudcovské uvážení“ („richterliches Ermessen“), der die richterliche Persönlichkeit betont.

Erwägung über einen Raum für richterliches Ermessen. So wurde durch Vertreter der ablehnenden Ansicht eingewandt, dass das Strafrecht dem Richter niemals eine Wahlfreiheit eingeräumt hat, damit er entsprechend seiner individuellen Auffassung entscheiden dürfte. Die Spanne der Höhe der Strafen im Rahmen des Strafsatzes weist nach ihnen noch nicht auf, dass die Eigenschaften des Richters, seine Individualität sich in der Wahl des Maßes der Strafen hätte äußern sollen, dass es folglich das Gesetz selbst gewollt hätte, dass dieselbe Tatsache durch einen strengen Richter so und durch einen milden Richter anders beurteilt worden wäre. Dazu bemerkte *Karl Engisch*, dass dem Gesetzgeber sicherlich unmöglich zur Last gelegt werden kann, dass er gewollt hätte, dass im bestimmten Fall des Maßes der angemessenen Strafe der Zufall bestimmen könnte, ob es der Täter mit einem strengen oder milden Richter zu tun haben werde.<sup>507</sup> Auf der anderen Seite aber zu vermuten, dass sich eine einzige absolut richtige Strafe suchen und finden lässt,

„wäre in der Tat töricht und eine solche Lehre könnte unmöglich anders gesehen werden als eine Fiktion, als bloße Utopie.“<sup>508</sup>

Denselben Gedanken drückte *Arthur Kaufmann* aus, als er sagte, dass

„die Schuld ist eine feststehende und bestimmte Größe und deshalb kann ihr immer nur eine richtige Strafe entsprechen. Sind wir aber zu einer solchen Erkenntnis fähig, dass wir das Maß der Schuld des Menschen genau bestimmen könnten? Weil die Schuld ein metaphysisches Phänomen ist, ist es nicht möglich, dazu exakt die genaue Höhe der Strafe festzustellen“<sup>509</sup>.

Die einzig richtige Strafe als Kategorie für sich selbst existiert nicht. Immer muss in allen Zusammenhängen der begangenen Tat und der Person des Täters abgewogen (*uvážován*)<sup>510</sup> werden, aber auch in der Persönlichkeit des Richters. Nur das Talionsprinzip (Auge um Auge, Zahn um Zahn) oder die absolute naturrechtliche Auffassung könnten die Ausschließlichkeit einer einzigen richtigen Strafe begründen, keineswegs aber das moderne Strafrecht mit Rahmenstrafsätzen. Entsprechend wurde das auch im durch Zivilrichter verwirklichten Ermessen von einigen Autoren gesehen. So wird nach *Otto Mayer* durch seinen Inhalt nur das ausgesprochen, was vom Gesetz für den entschiedenen Fall gefordert wird, sodass – diesen Gedanken hat dann später *Rudolf von Laun* präzisiert<sup>511</sup> – der Richter bei ungenauem Gesetzestext dazu berufen ist, dass er nach seinem besten Wissen und Gewissen den Willen des

---

<sup>507</sup> Engisch, Karl: a. a. O.; vgl. auch Jesch, D.: a. a. O.

<sup>508</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 35.

<sup>509</sup> Kaufmann zitiert nach Bažil, Z.: a. a. O., S. 36.

<sup>510</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 36.

<sup>511</sup> Laun, Rudolf von: a. a. O.

Gesetzes ohne Rücksicht darauf feststellt, was er selbst als gerecht (*spravedlivý*) und als zweckmäßig (*účelný*) ansieht.<sup>512</sup>

Schon das oben angeführte Beispiel deutet nach *Bažil* an, worin sich der Mangel der oben erwähnten Theorie zeigt: in der Unterschätzung des menschlichen Faktors und seinem schöpferischen (*tvůrčí*) Anteil bei der Entscheidung der Lebensschicksale der Menschen und ihrer wechselseitigen Beziehungen.<sup>513</sup> Zutreffend bemerkte *René Marcic*, dass

„Denken heißt mehr, als mathematische Operationen vollziehen [...] Und zum Menschen gehört nicht nur der Verstand, sondern auch das Herz: beide zusammen machen die Existenz aus. „Richter ist nicht nur ein intellektueller Mensch, sondern auch und vor allem ein sozialer und moralischer Mensch“, sagt *Sauer* in seinem Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie. ...“<sup>514</sup>

Jede menschliche Erkenntnis ist im rechtsphilosophischen Sinn ein schöpferischer Akt (*tvůrčí akt*).<sup>515</sup> Die im Erkenntnis (*nalézání*)<sup>516</sup> der Entscheidung bestehende Tätigkeit ist gerade so als Interpretation oder Schaffung eines Gesetzes schöpferische Tätigkeit. Daher sah *Hans Peters*<sup>517</sup> gerade die Schöpfungskraft als entscheidendes materielles Element der Exekutive an und forderte daher auch, dass jeder Verwaltungsbeamte ein „schöpferischer Mensch“<sup>518</sup> wäre, der immer abwägen muss, was zur Erfüllung der Aufgaben nötig ist, die der staatlichen Verwaltung bei der Realisierung der durch den Staat verfolgten Ziele obliegen. Eine selbstverständliche Voraussetzung der Ausübung einer solchen schöpferischen Tätigkeit ist, dass sie sich in den durch das Recht *bestimmten Grenzen* bewegen muss. Ein anderes Vorgehen ist in einem Rechtsstaat auch nicht zulässig. Einzig das Recht ist der begrenzende Faktor und nur in seinem Rahmen kann das Entscheidungssubjekt seine schöpferische Tätigkeit realisieren und dafür nur solche *Kriterien bestimmen*, die das Recht voraussetzt und zulässt. Er kann sich also nicht durch andere sich dem *Gesetzeszweck* entziehende

---

<sup>512</sup> Weiter dazu Engisch, Karl: Karl Peters und der Ermessensbegriff, in: Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Hrsg. Baumann, Jürgen, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 35, Mohr Tübingen 1974, S. 23 ff.; Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München/Leipzig 1924, S. 153; Laun, Rudolf von: a. a. O., S. 62.

<sup>513</sup> *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 36.

<sup>514</sup> *Marcic*, René: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Recht als Maß der Macht / Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat, Wien Springer Verlag 1957, S. 275.

<sup>515</sup> *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 36.

<sup>516</sup> Eigentlich „Erkennen“. (Urteils-)Erkenntnis oder Befund bedeutet „nález“ (zu „nalézt, nalézat“=finden).

<sup>517</sup> Vgl. allgemein Reuss, Herrmann: Gerichtsfreie und gerichtsunterworfenen Verwaltung, in: Gedächtnisschrift Hans Peters, hrsg. von H. Conrad, H. Jahrreiß, P. Mikat, H. Mosler, H. C. Nipperdey, J. Salzwedel, Springer Verlag Berlin u. a. 1967, S. 748 ff.

<sup>518</sup> In den Ermessenszusammenhang stellend Rupp, Hans Heinrich: Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis, Mohr Tübingen 1965, S. 192, 198 Fn. 306.



Gesichtspunkte wie z. B. im Sinne der Freirechtslehre nur durch das Rechtsgefühl leiten lassen, denn das würde selbstverständlich zum Rechtschaos und zur Ausrufung eines rechtslosen Zustands führen.<sup>519</sup>

*Bažil* bemerkt, dass die oben erwähnte Theorie so – wenn auch ungewollt – in den Bereich des Gesetzespositivismus *Bergbohms*<sup>520</sup> zurückkehrt, als im Richter spöttisch ein Automat erblickt wurde, in den anstelle der Münze die festgestellten Tatsachen eingelegt werden und dieser dann die Wörter des Gesetzes spricht, die das entscheidende Urteil aussprechen.

„Vielleicht könnte wirklich nur irgendein Apparat vom Typus Golem<sup>521</sup> immer die gleiche und einzige Entscheidung produzieren. Nichtsdestotrotz bliebe er auch teilweise Mensch in irgendwelchen Fällen und würde nach irgendwelchen Kriterien konstruiert werden und irgendwelche für die Entscheidung bedeutsamen Tatsachen würden in ihn hineingelegt werden.“<sup>522</sup>

Eine solche Entscheidung könnte nur Elemente aller Fälle einer bestimmten allgemeinen Kategorie ausmachen, keineswegs aber ihre Besonderheiten. Sie wäre zwar stabil und genau, keinesfalls aber gerecht und dadurch auch die einzig richtige. Die Vorstellung einer automatisierten Entscheidung kann sich nur in der Sphäre der Phantasie bewegen, nicht jedoch der realen Welt, in der der menschliche Faktor immer dominant und unersetzbar bleibt. Darin gibt es kein richtig als empirisch absolute Erkenntniskategorie und sie ist nur eine Erscheinung der Auffassung und der Werturteile des erkennenden Subjekts.

Als Vorteil der erwähnten Theorie weist *Bažil* auf die Konstanz der Entscheidung in bestimmten Angelegenheiten als Garantie der Richtigkeit der Entscheidungen hin.<sup>523</sup> Auch die oben erwähnten Erwägungen über die innere Struktur unbestimmter Rechtsbegriffe unterscheiden zwischen Fällen, die gänzlich unzweifelhaft und auf Grund konstanter Entscheidungstätigkeit zu diesen Begriffen gehören und denen, die an der Grenze ihrer Unterordnungsmöglichkeit stehen.

Außer die Konstanz ist auch relativ. Was heute unter dem Einfluss gegenwärtiger psychologischer, soziologischer, weltanschaulicher Komponenten richtig zu sein pflegt, das kann

---

<sup>519</sup> Rupp, Hans Heinrich: Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis, Mohr Tübingen 1965, S. 182.

<sup>520</sup> Vgl. Bergbohm, Karl: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Kritische Abhandlung, Leipzig Duncker & Humblot 1892.

<sup>521</sup> Golem ist nach der Legende....

<sup>522</sup> *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 37.

<sup>523</sup> *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 37.

schon morgen durch den Wandel dieser Komponenten als unrichtig erklärt werden. Was damit gegenwärtig die Entscheidungspraxis festigt, kann sich durch den Einfluss verschiedener Umstände, Meinungsunterschiede, politischer Natur und anderer, ändern und eine neue Richtung in der Entscheidungstätigkeit hervorrufen.

Trotzdem hat die erwähnte Theorie den Prozess der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe beeinflusst. Die auf dem Rechtspositivismus basierende und als traditionell bezeichnete Jurisprudenz konzentriert sich auf die Suche einer eindeutig möglichen und richtigen Auslegung des Gesetzes. Im Fall einer Rechtsnorm mit durch einen unbestimmten Rechtsbegriff geschaffenen mehreren Bedeutungsmöglichkeiten geht sie von der Ansicht aus, dass die Mehrdeutigkeit nur scheinbar ist und daraus entspringt, dass der positivrechtlichen Regelung nicht die nötige Beachtung geschenkt würde und dies nur in begrenztem Umfang überprüft würde. Folge dessen war die revidierte Annahme, aus der – im Zusammenhang mit anderen Normen – eine einzig mögliche Bedeutung der positiven Rechtsnorm hervorgeht. Erst wenn sich diese Voraussetzung in Form einer Zusatznorm findet und diese sich der Rechtsnorm mit dem gegebenen unbestimmten Rechtsbegriff beordnet, lässt sich aus diesem ergänzten Rechtszustand die gesuchte Bedeutung der Rechtsnorm mit dem gegebenen unbestimmten Rechtsbegriff ableiten. Die Zusatznorm muss aus dem positiven Recht hervorgehen und sich einzig aus ihm konstruieren lassen. Durch die Beiordnung der Zusatznorm reduziert sich so die scheinbar mehrdeutige Rechtsnorm auf eine eindeutig bestimmte, und entsprechend kommt es auch zur Umgestaltung des unbestimmten Rechtsbegriffes in einen bestimmten Begriff.<sup>524</sup>

Diese Art der Interpretation bezweifelte bereits *Hans Kelsen* und wandte ein, dass sie nicht nur die Bildung eines Rahmens für den gegebenen Rechtsakt verfolgt, sondern dass sie sich auch eine weitere Aufgabe zueigen macht, nämlich gleichzeitig auch zur Ausfüllung dieses Rahmens beiträgt. Die rechtswissenschaftliche Interpretation kann danach nichts Anderes als mögliche Bedeutungen der Rechtsnorm hervorbringen. Sie kann aber mit ihrem Erkenntnisgegenstand nicht eine Entscheidung zwischen ihren mehrdeutigen Möglichkeiten tätigen. Diese Entscheidung muss sie dem Organ überlassen, welches nach der Rechtsordnung zur Rechtsanwendung zuständig ist. Sie muss so sorgfältig wie möglich die Fiktion vermeiden, dass die Rechtsnorm nur eine „richtige“ Auslegung zulässt. Diese Fiktion wird zur Begründung des Ideals der Rechtssicherheit verwandt. Dieses Ideal bezeichnete er im

---

<sup>524</sup> Vgl. dazu Thaler, Michael: Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung, *Forschungen aus Staat und Recht*, Band 59, Springer Wien u.a. 1982, S. 152 ff.

Hinblick auf die Mehrdeutigkeit der Mehrzahl der Rechtsnormen aber als nur annähernd verwirklicht. Er verwies darauf, dass die Fiktion der Eindeutigkeit von Rechtsnormen zwar einen großen Vorteil hat, wenn dies hinsichtlich eines bestimmten politischen Gesichtspunkts beurteilt wird, dass aber kein politischer Vorteil rechtfertigen kann, dass die von einem subjektiv-politischen Standpunkt ausgehende Interpretation als erwünschter proklamiert werden könnte als eine andere, logisch ebenso mögliche, und letztlich als von einem objektiv wissenschaftlichen Standpunkt einzig richtige. Dann würde freilich das, was nur ein politisches Werturteil ist, als wissenschaftliche Wahrheit präsentiert werden.<sup>525</sup>

Das positive Recht nach der Reinen Rechtslehre (*ryzí právní nauka*) bietet nach *Bažil* mehrere, manchmal sogar sehr viele Entscheidungsmöglichkeiten.<sup>526</sup> Die Rechtsnorm danach ermöglicht mehrere Lösungen des Rechtsfalles, was nichts Anderes bedeutet, als dass alle diese in der Norm enthaltenen Lösungen ihr entsprechend und folglich berechtigt sind. Dann ist es freilich mit Hilfe einer Interpretation unmöglich, eine einzige, gerade berechtigte Lösung zu finden und auch unmöglich, eine von mehreren möglichen der Norm entsprechenden und folglich berechtigten Bedeutungen, die den Grund für die Entscheidung des Falles bilden soll, zu erkennen, sondern nur zu bestimmen. Aus der Rechtsnorm kann nicht das Maß abgeleitet werden, das gestatten würde, eine der Entscheidungsmöglichkeiten als einzig „richtige“ zu erkennen. Die Bestimmung dieser Möglichkeiten sieht die Reine Rechtslehre nicht als Erkenntnis eines im Voraus Gegebenen an, sondern gerade als die Herausbildung neuen Rechts, als Ergänzung der Rechtsordnung, Normierung dessen, was im Gesetz nicht besonders geregelt war, nämlich des konkreten Rechtsfalles. Das aber ist nicht und kann nicht Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, sondern nur des Gerichts.<sup>527</sup>

Eingewandt wird, dass der im Sinne der traditionellen Jurisprudenz ausgeführten Interpretation offenbar ungünstig ist, dass sie der Rechtsnorm mit unbestimmtem Rechtsbegriff eine nächste Bedeutungsmöglichkeit zuerkennt und überhaupt zur Überlegung nötigt, ob die Rechtsnorm noch weitere Bedeutungsmöglichkeiten aufweisen könnte. Im Streben, eine einzige, als einzig mögliche und richtige Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffes und dadurch auch der diesen Begriff beinhaltenden Rechtsnorm zu finden,

---

<sup>525</sup> Vgl. Kelsen, Hans: a. a. O., S. 353.

<sup>526</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 38.

<sup>527</sup> Vgl. dazu Ringhofer, Kurt: Interpretation und Reine Rechtslehre, in: Merkl, Adolf J./Marcic, René/Verdroß, Alfred /Walter, Robert: Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, Deuticke Wien 1971, S. 198, 204 ff.

begeht sie eine Vereinfachung, die zu unrichtigen Schlussfolgerungen der Anwendung führen kann.<sup>528</sup>

Zur Veranschaulichung führt *Bažil* aus<sup>529</sup>:

„Es ist dasselbe, wie wenn man eher dogmatisch am alten Grundsatz *„in claris non fit interpretatio“* hängen bleibt, bei dem man verkennt, dass kein Text, und insbesondere dann Gesetzes- oder anderer Rechtstext, insoweit bedeutungsmäßig unmittelbar verständlich ist, dass eine Interpretation nicht erforderlich wäre. Es wird nicht genügend gewürdigt, dass im Wesentlichen jedes Wort zu seinem Verständnis eine Auslegung erfordert, zu der der Mensch die Ausstattung durch Erziehung, Bildung, von Generation zu Generation übertragene Tradition gewinnt, sodass sich ganz spontan die Vorstellung darüber losmacht, was ein Wort bedeutet und man sich bewusst macht, dass sie eigentlich zur auf geläufigem Sprachgebrauch, Erfahrung oder auf spezifischen Fachkenntnissen gründenden Interpretation hinzutritt. Folglich führt die gewonnene Erfahrung oft zur Vermutung, dass man den Gesetzestext gut versteht und dass seine Interpretation nicht nötig ist. Diese Überschätzung der eigentlichen Interpretationsart und die fehlende Würdigung der Notwendigkeit, dem Text größere Beachtung zu schenken und ihn einer eingehenderen Überprüfung zu unterziehen, ruft auch irrtümliche Schlussfolgerungen für die Anwendung hervor.“

(ii) Der sog. „Beurteilungsspielraum“ (*„vlastní hodnotící prostor“*)

Die zweite Theorie zielt nicht auf den Inhalt, sondern auf den Umfang der unbestimmten Rechtsbegriffe ab. Sie interessiert sich nicht für die Bestimmung der Bedeutung dieser Begriffe, das überlässt sie den von der Rechtswissenschaft gebildeten Interpretationsregeln, sondern ihre Beachtung konzentriert sich auf die besondere Funktion dieser Begriffe, die darin beruht, dass sie den Verwaltungsorganen ermöglicht, subjektive Werturteile bei der Suche möglicher Lösungsarten einzelner Entscheidungsfälle geltend zu machen. Zur Geltendmachung dieser Werturteile eröffnen die unbestimmten Rechtsbegriffe dem Verwaltungsorgan einen besonderen Raum, den sog. „Beurteilungsspielraum“, mit dem *Otto Bachof* einen Bereich eigener, nicht weiter überprüfbarer Wertung und Entscheidung des Verwaltungsorgans meinte.<sup>530</sup> Der Begriff „Beurteilungsspielraum“ blieb in der Literatur bis heute umstritten. Einmal ist mit ihm gemeint, dass verschiedene Verwaltungsorgane bei der Entscheidung des konkreten Falles mit der Folge einer unterschiedlichen Wertung zu einander gegenläufigen Entscheidungen gelangen können. Ein anderes Mal schickt man sich an, dass

---

<sup>528</sup> Vgl. *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 38.

<sup>529</sup> *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 38.

<sup>530</sup> *Bachof*, *Otto*: a. a. O.

dieser Begriff die ausschließliche Kompetenz der Verwaltung zum Erlass einer endgültigen Entscheidung bei der Anwendung der Rechtsnorm mit unbestimmtem Rechtsbegriff ausdrückt.<sup>531</sup> Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich in der kaum zu überblickenden Vielzahl von Abhandlungen und Stellungnahmen verschiedene Lösungen und Begründungen finden lassen, die von der völligen Ablehnung der Vorstellung über einen solchen durch unbestimmte Rechtsbegriffe hervorgerufenen Raum (*prostor*) bis hin zur Ausweitung der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen reichen, nicht nur was ihre Werturteile anbelangt, sondern auch die Auslegung dieser Begriffe.<sup>532</sup>

Dieser Theorie pflegt man vorzuhalten, dass der Bereich ihrer Gültigkeit verhältnismäßig eng ist, denn sie kann nur bei einigen wertenden (*hodnotové*), gegebenenfalls empirischen (*zkušnostní*) Rechtsbegriffen Anwendung finden, die eine Entwicklung von Werturteilen der Verwaltungsorgane überhaupt gestatten. Dieser Vorbehalt klingt nach *Bažil* eher nicht überzeugend, da die genaue Klassifikation unbestimmter Rechtsbegriffe sehr schwierig ist, es zur gegenseitigen Durchdringung der einzelnen Gruppen kommt und auch die Feststellung einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe in diesen Gruppen nahezu unmöglich ist.<sup>533</sup>

Ohne Rücksicht auf den Umfang der Brauchbarkeit der erwähnten Theorie, lässt sich Eines in keinem Fall abstreiten. Sie kommt tatsächlich zu Werturteilen der Verwaltungsorgane bezüglich unbestimmter Rechtsbegriffe und die Rechtsvorschriften definieren diese Urteile in der Regel nicht eingehender; die Auswahl der wertenden Gesichtspunkte (*hodnotící hlediska*) überlässt sie den Verwaltungsorganen. Natürlich geht es dabei nicht um eine ganz willkürliche, durch nichts gebundene Auswahl. Sie wird nach dem Zweck (*účel*) ausgerichtet, den die gegebene Rechtsvorschrift verfolgt. Wenn folglich die Rechtsvorschriften den Verwaltungsorganen keine Richtlinie für ihre wertende Tätigkeit vorgeben und diese nur mit ihrer Zweckrichtung gleichschalten, dann muss sie damit rechnen, dass die durch die Verwaltungsorgane in bestimmten Rechtssachen angenommene Lösung nicht immer ganz übereinstimmen wird und dass es zu divergenten Entscheidungen kommen kann.

Obleich die divergente Überlegung nach der modernen Psychologie eine der grundlegenden Merkmale der Schaffenskraft ist - denn die Betonung liegt auf der Suche oder der Bildung verschiedener Varianten einer richtigen Lösung, auf der Vielfalt richtiger Zugänge bei derselben

---

<sup>531</sup> Vgl. Koch, Hans Joachim: a. a. O., S. 21 Fn. 26.

<sup>532</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 40.

<sup>533</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 40.

Informationsquelle<sup>534</sup> - ist im Bereich des Rechts das Streben nach Erreichen einer Vereinheitlichung im Entscheiden, also die Neigung eher zu einer konvergenten Denkweise, bei der sich die Möglichkeiten der Lösung der Aufgabe nur auf eine richtige verengen, im Ganzen unzweifelhaft und logisch.

„Es ist das Abbild des Rechtssicherheit erfordernden Postulats, dass gleiche Fälle grundsätzlich gleich entschieden werden sollten. Dass aber die Erlangung dieser Maxime nur ein frommer Wunsch bleibt und ein schwer zu verwirklichendes Ideal, wurde bereits gesagt. Weil das Entscheiden ein menschliches Privileg ist – und in der menschlichen Gemeinschaft bei der Lösung von in ihr entstehender und existierender zwischenmenschlicher Beziehungen dies auch nicht anders sein kann – ist es notwendig, mit unterschiedlichen Zugängen und Erscheinungen bei der Ausübung der Entscheidungstätigkeit zu rechnen.“<sup>535</sup>

### (iii) Zusammenfassung

Zusammenfassend stellt *Bažil* fest, dass keine der angeführten inhaltlich disparitären Theorien über den Gebrauch unbestimmter Rechtsbegriffe die Anwendungstätigkeit der Organe der staatlichen Verwaltung und die Überprüfungstätigkeit der Verwaltungsgerichte so beeinflussen kann, dass sie ganz eindeutig nur zu einer neigen würden und die andere ganz eliminieren würden. Hinter dieser Problematik verbirgt sich – wie bereits erwähnt - der Streit darüber, ob das sog. tertium-non-datur-Argument zutrifft. Aufbauend auf der These, dass die einzig richtige Antwort, wenn sie überhaupt existieren sollte, nur unter höchst idealen Bedingungen, nicht aber unter den realen Bedingungen eines Rechtssystems, intersubjektiv zwingend beweisbar oder erkennbar ist<sup>536</sup>, kann eine mögliche Bewältigung der sich daraus ergebenden Probleme die noch zu behandelnde Lehre von den sog. Rechtsprinzipien bringen, die im Hinblick auf die Begrenzung des Verwaltungsermessens noch genauer zu untersuchen sein wird.<sup>537</sup>

*Bažil*<sup>538</sup> verweist als Beispiel für die Schwierigkeiten der Auflösbarkeit auf die Judikatur des deutschen BVerwG und nimmt damit auch Tendenzen der Rechtsprechung des heutigen NSS vorweg. Das BVerwG neigte zuerst zu der Meinung, dass unbestimmte Rechtsbegriffe

---

<sup>534</sup> Švidroň, Jan: *Tvorba a právo (Bildung und Recht)*, Veda Bratislava 1991, S. 51.

<sup>535</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 41.

<sup>536</sup> Dworkin, R.: a. a. O., S. 105 ff.

<sup>537</sup> Bažil geht in seinen rechtstheoretischen Ausführungen im Besonderen nicht auf die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in der tschechischen Methodenlehre ein. Da in dieser Untersuchung das Verwaltungsermessen im Vordergrund steht, soll hinsichtlich der Interpretationsregeln in der tschechischen Rechtstheorie nur auf die Literatur verwiesen werden, vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 175 ff.

<sup>538</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 41.

grundsätzlich gerichtlich voll überprüfbar sind, dass bei ihrem Gebrauch in der Erwägung nur eine richtige Entscheidung herauskommen kann und diese Begriffe der Verwaltung keinen Raum für Werturteile eröffnen. Dann ließ es von diesen Prämissen Ausnahmen zu und erkannte die Existenz eines solchen Raums für solche Ausnahmefälle an, in denen es entweder auf Grund besonderer Tatsachen mehrere rechtlich ganz gleichwertige Entscheidungen geben könnte oder in denen die Kompetenz zu einer verbindlichen Entscheidung über die Richtigkeit einer bestimmten Verwaltungsentscheidung nicht den Gerichten übertragen wird, sondern der Verwaltung. Als Ausnahmefälle dieser Art sah es dann Entscheidungen über Dienstverhältnisse von Beschäftigten, auf der Bewertung von Prüfungsergebnissen basierende Entscheidungen (pädagogisch-wissenschaftliche Bewertung) und Entscheidungen besonders zu diesem Zweck bestimmter Gremien an.<sup>539</sup> Einige neuere Judikate dieses Gerichts, die sich mit Verwaltungsentscheidungen auch aus weiteren Rechtsbereichen beschäftigen, insbesondere aus dem Abschnitt der rechtlichen Regelungen der technischen, namentlich atomaren Sicherheit, in denen – im Unterschied zur bisherigen Praxis – bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum zuerkannt wird, bedeuten einen Durchbruch der Prämisse einer einzigen richtigen Entscheidung und eine Änderung der bisherigen Richtung der Rechtsprechungstätigkeit dieses Gerichts.<sup>540</sup>

---

<sup>539</sup> Vgl. a. a. O.; vgl. auch Rode, L.: a. a. O.

<sup>540</sup> Nach Bažil a. a. O., S. 41-43 weist gerade auf die Notwendigkeit des unterschiedlichen Vorgehens des Verwaltungsgerichts bei der Überprüfung des Gebrauchs unbestimmter Rechtsbegriffe Dietrich Murswiek: a. a. O., S. 144 ff. hin im Rahmen seiner Reaktion auf die Stellungnahme dieses Teils der Gegner der Theorie vom Beurteilungsspielraum, nach denen auch die Zivilgerichte vage Generalklauseln wie „guter Glaube“ oder „gute Sitten“ konkretisieren müssen und dass es diesem folglich nichts nehme, sodass übereinstimmend auch die Verwaltungsgerichte vorgehen sollten. Diesen Standpunkt sieht er als nur teilweise richtig an. Die Nützlichkeit des Verweises auf die Zivilgerichtsbarkeit sieht er darin, dass mittelbar ein Umstand berührt wird, der die Kompetenzfrage im Verwaltungsrecht in einem ganz anderen Licht stellen kann.

Im bürgerlich-rechtlichen Verfahren geht es nämlich um die Entscheidung des Interessenkonfliktes zwischen insbesondere ganz gleichen privatrechtlichen Subjekten. Das Gericht ist dadurch legitimiert, dass der Streit zwischen diesen Subjekten keineswegs durch einen Akt reiner Rechtserkenntnis, sondern durch eine wertende, eben schöpferische Entscheidung entschieden werde. Es ist unabhängig, eine neutrale Instanz, die im Konflikt sich streitender Parteien kein eigenes Interesse verfolgt und daher dazu berufen ist, dass es in den durch den Gesetzgeber angedeuteten Grenzen den verhandelten Fall entscheidet.

Als diesem Modell entsprechend sieht er auch die Struktur der Verwaltungsgerichtsbarkeit an. Auch das Verwaltungsgericht als unabhängige, unparteiische Instanz beschäftigt sich bei der Ausübung seiner Überprüfungstätigkeit im Wesentlichen mit der Entscheidung von Konflikten zwischen der Verwaltung und dem Bürger (einer Organisation). Im Unterschied zur Zivilgerichtsbarkeit sind Gegenstand des erwähnten Konfliktes nicht private Interessen der Teilnehmer des entschiedenen Rechtsfalles, sondern auf der einen Seite das Individualinteresse des Bürgers (der Organisation) und auf der anderen Seite das Interesse des höheren, kollektiven (gemeindlichen, körperschaftlichen) vertretenen und durchgesetzten Organs der staatlichen Verwaltung. Solange sich die Wirkungen dieses Kollektivinteresses nur auf das entschiedene Rechtsverhältnis in der Form beziehen lassen, in der es mit Rücksicht auf die Erwägung dieses Verhältnisses auch genau konkretisiert wird, überschreitet die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes auch nicht den Rahmen des entschiedenen Verhältnisses, und das Verwaltungsgericht kann nach Dietrich Murswiek die angefochtene Verwaltungsentscheidung überprüfen, sowohl im Hinblick auf den Inhalt (Bedeutung) als auch den Umfang des gegebenen unbestimmten Rechtsbegriffes und damit auch die Werturteile des Verwaltungsorgans überprüfen. Sobald aber der unbestimmte Rechtsbegriff diesen Rahmen überschreitet und seine Anwendung den Großteil der Bevölkerung (einer bestimmten Region oder eines ganzen Staates) berührt, und so soll dies besonders bei genehmigenden Rechtsakten mit ökologischem Einschlag insbesondere im Bereich der Atomanlagen sein, so endet die Kompetenz des Gerichts in diesen Angelegenheiten. Die Verwaltungsentscheidung gewinnt eben durch

#### *(4) Exkurs: Unbestimmte Rechtsbegriffe in der Judikatur des ehemaligen NSS*

Der Wirkungsbereich des ehemaligen NSS, der diesem durch das Gesetz Nr. 3/1938 Slg. übertragen wurde, bezog sich auf die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit rechtskräftiger Entscheidungen von Verwaltungsorganen, wenn der Beschwerdeführer behauptete, dass eine solche Entscheidung gesetzeswidrig sei und dass es infolgedessen zur Verletzung seines öffentlichen subjektiven Rechts gekommen ist.<sup>541</sup>

Die Kompetenz des ehemaligen NSS bei der Ausübung seiner Überprüfungswirkung war nur auf die Kassation (*kasace*) angefochtener Verwaltungsentscheidungen beschränkt, wenn es die eingereichte Beschwerde als begründet ansah, und erstreckte sich nicht auf deren Modifikation (*modifikace*). An die im Kassationserkenntnis ausgesprochene Rechtsansicht war das Verwaltungsorgan gebunden (*vázán*).

Der Umfang der Überprüfungstätigkeit des ehemaligen NSS erstreckte sich nur auf Rechts-, nicht Tatsachenfragen. An den Tatbestand, den das Verwaltungsorgan letzter Instanz feststellte, war das ehemalige NSS gebunden und konnte einzig von ihm ausgehen. Diese Gebundenheit war aber nicht absolut. Kraft seines Amtes war das ehemalige NSS verpflichtet zu prüfen, ob es bei der Feststellung der durch das Verwaltungsorgan entschiedenen Tatsachen nicht zu einer Verletzung von prozessualen Vorschriften gekommen ist, ob die Tatsachenfeststellung des Verwaltungsorgans vollständig ist und ob sie Halt in den Akten der Verwaltung findet. Wenn es befand, dass der Tatbestand in diesen Gesichtspunkten (*hľadiska*) Mängel aufweist, dann war ein Grund für die Aufhebung der Verwaltungsentscheidung gegeben.

Auch die dann wieder durch die Zivilprozessordnung (a. F.) in der Fassung der Gesetzesnovelle Nr. 519/1991 Slg. vorgesehene rechtliche Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (sog. zivilrechtliche Verwaltungsgerichtsbarkeit) ist im Wesentlichen auf den gleichen Prinzipien begründet.

Gegenstand der Überprüfungstätigkeit der Gerichte war die Gesetzmäßigkeit der Entscheidungen der Organe der öffentlichen Verwaltung, soweit eine natürliche oder juristische Person behauptete, dass sie durch die Entscheidung des Verwaltungsorgans in ihren Rechten beschnitten wurde, um ihre Überprüfung ersuchte und es nicht um eine Entscheidung ging, die vom Gesetz von der Überprüfungstätigkeit des Gerichts ausgeschlossen war. Bei der Ausübung der Überprüfungstätigkeit

---

den Einfluss der angedeuteten Folgen ernsthaften politischen Charakter und dann sind einzig dazu durch das Gesetz berufene Verwaltungsorgane die zur Bewertung der tatsächlichen Umstände des verhandelten Falles hinsichtlich des gegebenen unbestimmten Rechtsbegriffes und zur Überprüfung der Richtigkeit der angenommenen Lösung berechtigten Organe.

<sup>541</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 43.



ist für das Gericht der Sachverhalt entscheidend, der zur Zeit der angefochtenen Entscheidung gegeben war; das Gericht nahm keine Beweisführung vor.

Die Überprüfungskompetenz des Gerichts war nur auf die Kassation von Verwaltungsentscheidungen begrenzt, bei denen der Kassationsgrund eine unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache durch das Verwaltungsorgan oder die Mangelhaftigkeit der Feststellung des Sachverhalts zur Beurteilung der Sache oder einen Widerspruch der Verwaltungsentscheidung zum Inhalt der Akten der Verwaltung darstellte.

Im Hinblick auf die Übereinstimmung der ursprünglichen und erstmals erneuerten rechtlichen Regelung der Geltung und Kompetenz der Gerichte im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit können einige in, in der Sammlung der Erkenntnisse des ehemaligen Obersten Verwaltungsgerichts konzentrierten<sup>542</sup>, Judikaten des ehemaligen NSS enthaltenen Überlegungen und Ansichten eine wertvolle Erkenntnisquelle sein. Weil sich in den rechtlichen Schlussfolgerungen einige Judikate überschneiden und nur durch den abweichenden Sachverhalt der verhandelten Fälle unterscheiden, werden – *Bažil* folgend<sup>543</sup> - nur einige Erkenntnisse des ehemaligen NSS zitiert, die sich einerseits auf den Inhalt unbestimmter Rechtsbegriffe, andererseits auch auf deren Umfang beziehen.

*(i) Zum Inhalt unbestimmter Rechtsbegriffe*

1) Als allgemeine Interpretationsregel stellte das ehemalige NSS fest, dass für die Bedeutung der Wörter, die in einer bestimmten Rechtsnorm verwendet werden, in erster Linie der Inhalt dieser Norm entscheidend ist (A 226/39).

Wenn aber das Gesetz irgendeinen Ausdruck verwendet, ohne dass es selbst für den durch ihn ausgedrückten Begriff irgendeines seiner Erfordernisse bestimmt, dann muss notwendig gefolgert werden, dass es ihn in dem natürlichen Sinn und der Bedeutung verwendet, den der bestimmte Ausdruck in der allgemeinen Sprache hat. Wörter und Sätze, durch die das Gesetz spricht, sind notwendig vor allem so zu verstehen, wie sie allgemein und gewöhnlich versteht, es sei denn, dass das Gesetz selbst offensichtlich die Absicht kundtun würde, dass man sie in einem abweichenden und besonderen Sinn zu verstehen hat. Wenn das Gesetz dem verwendeten Ausdruck irgendeine unterschiedliche, besondere Bedeutung geben will, als man es in irgendeiner Weise gewöhnlich mit bestimmten Begriffsmerkmalen oder –erfordernissen verwendet, dann muss das im Gesetz auf irgendeine Weise ausgedrückt bzw. zumindest angedeutet sein.<sup>544</sup> Eine solche Absicht des Gesetzgebers, wenn sie offenkundig sein soll, muss zwar nicht ausdrücklich, aber durch den

---

<sup>542</sup> Die Entscheidungen werden zitiert nach *Bažil*, Z.: a. a. O.

<sup>543</sup> *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 44 ff.

<sup>544</sup> *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 44.

Gesetzgeber erkennbar kundgegeben sein. Es ist nicht möglich, gerade seinen Sinn anderswo als im Gesetz selbst zu finden.<sup>545</sup> Durch die Bedeutung eines bestimmten Wortes oder ganzen Textes positivrechtlicher Vorschriften kann unmöglich das verstanden werden, was der Normschöpfer tatsächlich gewollt, sondern nur was und wie er es ausgedrückt hat. Es wäre offenkundig ein Fehler, die Interpretation nur auf die Suche des durch den Gesetzgeber Gewollten zu richten, vielmehr darauf, dass sich bei kollegialen normsetzenden Organen zwar von ihrem Willen sprechen und dieser sich aber nur mit großen Schwierigkeiten überhaupt feststellen lässt. Der Wille des Gesetzgebers kann einzig und ausschließlich durch das Gesetz selbst kundgetan werden. Was im Gesetz nicht enthalten ist und daher unmöglich herausgelesen und auch nicht durch ein logisches Verfahren abgeleitet werden kann, ist nicht die kundgetane Absicht des Gesetzgebers. Durch ihn gibt es insbesondere keine Äußerungen einzelner Faktoren im Verlauf der parlamentarischen Verhandlungen von Gesetzesentwürfen, denn keinesfalls wären diese Äußerungen Gegenstand der Beschlussfassung der gesetzgebenden Körperschaft. Die Äußerungen konstituierender Faktoren können zwar manchmal durch ein Hilfsmittel ausgelegt werden, niemals aber in dem Maße, dass sie den Gesetzestext durch etwas ergänzen oder letztlich ersetzen, wovon im Gesetz nichts gesagt wird. Unter dem „Geist des Gesetzes“ (*duch zákona*) verstand das ehemalige NSS einzig den tatsächlichen Sinn des gesetzlichen Textes, den irgendwo außerhalb des Gesetzes z. B. in äußeren, außerhalb des Gesetzes liegenden Auslegungshilfsmitteln, die zwar den Sinn des Gesetzes erhellen können, die aber das Gesetz auslegende Gericht nicht höher stellen darf als den Gesetzestext und denen es bei einer Divergenz nicht Vorrang vor dem Gesetzestext einräumen darf (Boh. A 3115/24, Boh. A 11600/34, Boh. A 14162/38, Boh. A 426/40), zu finden unmöglich ist.<sup>546</sup>

2) Wie sich aus der oben angeführten Judikatur ergibt, verwendete das ehemalige NSS bei der Feststellung der Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffs im Einklang mit der in § 6 ABGB von 1811 zunächst die philologische (*filologický*), ihn vor allem an der Untersuchung messenden Auslegung (*výklad*), was der gegebene Ausdruck in der gewöhnliche Sprache bedeutet. Soweit es mit diesem Interpretationsmittel das angestrebte Ergebnis nicht erreichte oder es nötig war, das erlangte Ergebnis noch anders zu verifizieren, verwendete es die logische (*logický*) Auslegung, z. B. zielte es auf den Gesetzeszweck ab.<sup>547</sup> Obgleich es den Ausdruck „Absicht des Gesetzgebers“, „Wille des Gesetzgebers“ (*„úmysl zákonodarce“*, *„vůle zákonodarce“*) verwendete, verstand es unter dem Gesetzeszweck nicht den subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers, sondern den sog. objektiven Gesetzeszweck (*objektivní účel*) oder die Grundsätze (*zásady*), auf denen das Gesetz (gegebenenfalls seine Bestimmung) aufbaut und die sich unmittelbar aus seinem Text herauslesen lassen. Zum Gewinn von Erkenntnissen über den Gesetzeszweck verwendete das ehemalige NSS die

---

<sup>545</sup> Auf die Rolle z. B. sog. ungeschriebener Rechtsprinzipien ist noch einzugehen.

<sup>546</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 44 f.

<sup>547</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 45.

auf der objektiven (kritischen) Interpretationsmethode (*objektivní (kritická) interpretační metoda*) begründete historische Auslegung (*historický výklad*).<sup>548</sup> Beispiel kann das folgende Judikat sein:

In der Sache Boh. A 1062/43 wurde der Beschwerdeführer durch die Verwaltungsbehörde dafür „bestraft“<sup>549</sup>, dass er den mit Schnee bedeckten Bürgersteig vor der Einfriedung seines Grundstücks in der Straße N. nicht reinigte und mit Sand streute.

Nach § 9 der damals gültigen Ordnung über die Reinigung von Straßen waren die Hauseigentümer, wenn Schnee fiel, verpflichtet, die Gehwege mit Sand zu bestreuen, z. B. den Schnee von ihnen wegzuräumen, entlang ihrer Anwesen (hier auch entlang der Mauern der Einfriedungen und Gärten).

Der Beschwerdeführer wandte ein, dass er nicht Hauseigentümer ist und dass die erwähnte Bestimmung unmöglich auf Personen ausgedehnt werden kann, die darin nicht angeführt sind, weil es um eine Bestimmung geht, die eine Pflicht begründet und daher unmöglich extensiv ausgelegt werden kann.

Das ehemalige NSS stütze die Auslegung des Begriffes „Hauseigentümer“ („*vlastník domu*“) im Sinne der oben angeführten Ordnung auf den Zweck dieser Vorschrift,

„dass in Straßen des bebauten Stadtgebietes die nötige Reinheit und das gefahrlose Gehen eingeführt werde. Die Pflicht trifft hier den Hauseigentümer, sowohl soweit es um den Gehweg vor seinem Haus geht als auch soweit es um den Gehweg vor den Einfriedungs- oder Gartenmauern geht, die das Eigentum des Hauseigentümers von den Straßen abgrenzt und dass folglich die Bestimmung das Gewicht darauf legt, dass die Bürgersteige in den Straßen in ihrer ganzen Länge, ohne Rücksicht darauf, ob die Straße eine zusammenhängende Häuserreihe bildet oder ob die Reihen durch unbebaute Flächen (Parzellen) unterbrochen werden. Die Bestimmung des § 9 hat sichtlich die Eigentümer der Grundstücke im Sinn. Auch wenn sie dann zu ihrer Bezeichnung den Begriff „Hauseigentümer“ verwendet, macht sie das unzweifelhaft nur deshalb, dass die Ordnung über die Reinigung der Straßen zur Rücksicht vor allem und hauptsächlich das gewöhnliche Straßenbild hat, wo die Flächen ohne Häuser nicht vorkommen.“

---

<sup>548</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 45; vgl. zur objektiv-kritischen Interpretationsmethode auch Nawiaskey, Hans: Allgemeine Rechtslehre, System der rechtlichen Grundbegriffe, 2., durchgearbeitete und erweiterte Auflage, Benzinger Einsiedeln 1948, S. 126: Er unterscheidet drei Interpretationsmethoden, die historische Auslegung, und die subjektiv-historische Methode (ihre Aufgabe ist es, den subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers festzustellen), die objektive (kritische) Methode (erkennt dem Gesetz selbständige Existenz zu und strebt danach, den objektiven Willen des Gesetzes festzustellen) und die dritte geht nicht aus dem historisch ersten Willen des Gesetzgebers hervor, sondern aus seinem festgestellten letzten Willen, wie dieser sich in der gegenwärtigen, auf neue, gegenüber früher erwähnten, Verhältnisse reagierende Normbildung äußert, auf die die früher erlassene Rechtsnorm auch angewendet werden soll. Einen Mangel der ersten Methode, die die Erhellung des Gesetzeszwecks in den Gesetzgebungsmaterialien sucht, die die Entwicklung des Gesetzes begleiteten, ist, dass es mit dem Zeitabstand schwierig zu werden pflegt, diese Materialien zu erlangen und sich in ihnen so zu orientieren, dass eine verzerrte Vorstellung über die tatsächliche legislative Absicht das Ergebnis bleiben würde. Der Nachteil der zweiten beruht darin, dass der objektive Gesetzeszweck im Wesentlichen eine subjektive Ansicht des Interpretierenden darstellt, wie er den Gesetzeszweck begreift. Die dritte ist hypothetischer Natur, weil sie auf der Fiktion begründet ist, dass, so wie die gegenwärtige Legislative vorgeht, auch der historische Gesetzgeber handeln würde. Keine dieser Methoden ist so vollkommen, dass sie ohne das Risiko einer eventuellen Unrichtigkeit ermöglichte, zu einem eindeutigen Schluss zu gelangen.

<sup>549</sup> D. h. eine Verwaltungsstrafe.

3) Die Bestimmung der Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffes sah das ehemalige NSS als Rechtsfrage an, die vollständig in seiner Prüfungskompetenz liegt, soweit gerade durch Zweifel des Verwaltungsorgans bei der Klärung der Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffes die von ihm erlassene Entscheidung gesetzeswidrig war und die Verletzung eines öffentlichen subjektiven Rechts des Beschwerdeführers hervorrief (Boh. A 14252/38).

Die Gesetzeswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung muss nicht nur eine unrichtige durch die Verwaltungsbehörde vorgenommene Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes bewirken, sondern auch eine interpretative Untätigkeit der Verwaltungsbehörde, wenn sie den konkreten Gegenstand unter den unbestimmten Rechtsbegriff unterordnet, ohne dass sie seine Bedeutung klären und mit der bloßen Konstatierung verbinden würde, dass der gegebene Gegenstand dem zu erläuternden Begriff entspricht.<sup>550</sup> Als Beispiel lässt sich folgendes Judikat anführen:

In der Sache Boh. A 11048/34 wurde durch Entscheidung der Verwaltungsbehörde die Erlaubnis zur Einlagerung der Urne mit der Asche des Verstorbenen in ein Grab auf dem jüdischen Friedhof erteilt. Die Verwaltungsbehörde begründete ihre Entscheidung mit der Bestimmung § 10 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 96/1925 Slg., nach dem niemandem ein anständiges Begräbnis auf dem Friedhof im Familiengrab verwehrt werden darf. Das konkrete Grab, in das die Urne eingelagert werden sollte, klassifizierte sie dann als Familiengrab im Sinne der zitierten Rechtsvorschrift.

Das ehemalige NSS hob diese Entscheidung auf und führte in der Begründung aus, dass der Kern des Streits im vorliegenden Fall ist, was unter dem Begriff „Familiengrab“ („*rodinný hrob*“) im Sinne des zitierten Gesetzes zu verstehen ist. Es sah als Fehler der Verwaltungsbehörde an, dass sie den erwähnten Begriff nicht auslegte, nicht anführte

„welche Erfordernisse sie als wesentliche Begriffsmerkmale des Familiengrabs voraussetzt, welche Tatsachen sie auf Grundlage der ausgeübten Befolgung im konkreten Streit als festgestellt betrachtet und durch welche darauf gestützten Erwägungen sie zu dem Urteil gelangte, dass das Grab, um das es geht, noch als Familiengrab zu qualifizieren ist“.

4) Im Interesse, den Verwaltungsorganen ihre Tätigkeit bei der Entscheidung einzelner konkreter Fälle zu erleichtern, geben die ihnen übergeordneten Organe, besonders Zentralorgane der staatlichen Verwaltung, methodische Vorschläge und Weisungen heraus, die diese Tätigkeit gleich ausrichten und lenken.<sup>551</sup> Zu solchen gehören auch interne Interpretationsrichtlinien (*interní interpretační směrnice*), die auf die Sicherung einer einheitlichen Auslegung gewisser unbestimmter Rechtsbegriffe im Bereich der Verwaltung abzielen. Solche Richtlinien sind selbstverständlich überhaupt nicht bindend (*závané*) für die Gerichte, denn sie haben nicht den Charakter allgemein verbindlicher Rechtsvorschriften

---

<sup>550</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 46.

<sup>551</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 46.

(*obecně závazné právní předpisy*).<sup>552</sup> Wenn das Verwaltungsorgan eine solche Richtlinie selbst nicht respektieren und es sich durch sie nicht bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes leiten lassen wird, dann begründet die Nichtbeachtung dieser internen Interpretationsrichtlinie nicht die Gesetzeswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung (Boh. A 9194/31)<sup>553</sup>.

5) Einige deskriptive unbestimmte Rechtsbegriffe drücken aus, dass ihre Bedeutung mit Hilfe einer bestimmten numerischen Äußerung erklärt werden könnte. Auf die Schwierigkeiten, die eine solche zahlenmäßige Bestimmung mit sich bringt, besonders bei der Festlegung der Grenze zwischen dem Ende der Unter- und dem Anfang der Obergrenze, wurde bereits hingewiesen. Im Bestreben, ein brauchbares Kriterium zu finden, interpretierte das ehemalige NSS einen solchen Begriff durch einen anderen leider wieder nur unbestimmten Rechtsbegriff.<sup>554</sup> So beschäftigte sich das ehemalige NSS unter der Gz.<sup>555</sup> Boh. A 11419/34 in der Sache einer Konzessionserteilung zur Ausübung des Gaststätten- und Schankgewerbes mit der Frage der Auslegung des Begriffes „größere Stadt“ („*větší město*“). Dazu führte es aus, dass „für die Beurteilung der Frage, wenn es um eine größere Stadt geht, nach dem Wesen der Sache vor allem die Zahl der Einwohner in der ganzen Stadt entscheidend ist“. Zur Zahl von 8.357 Einwohner, festgestellt nach einer Auskunft der Bezirksbehörde, äußerte es dann die Ansicht, dass nach allgemeiner Anschauung eine Stadt mit dieser Einwohnerzahl als größere Stadt anzusehen ist. Es ist eine selbstverständliche Frage, die unbeantwortet blieb, was man unter „allgemeiner Anschauung“ („*obecné nazírání*“) versteht und aufgrund welcher Tatsachen das ehemalige NSS zur Erkenntnis gelangte, dass sich die angegebene Einwohnerzahl als für eine größere Stadt angemessen ansehen lässt.

6) Ein Begriff, der in einem speziellen Gesetz enthalten ist, ist notwendig vor allem aus den Bestimmungen dieses Gesetzes auszulegen. Wenn dieses Gesetz für die Auslegung des Begriffes keinen brauchbaren Anhalt bietet bzw. in dieser Richtung ungenau ist, dann ist es nötig, bei der Auslegung dieses Begriffes auf Bestimmungen des allgemeinen Rahmengesetzes zurückzugreifen, das als Voraussetzung für den Erlass der erwähnten speziellen rechtlichen Regelungen diene. Den in einem speziellen Gesetz angeführten Begriff aus einem anderen speziellen Gesetz auszulegen, das eine entsprechende rechtliche Regelung enthält, ließ das ehemalige NSS aber nicht zu.<sup>556</sup>

---

<sup>552</sup> Diese Interpretationsrichtlinien entsprachen bzw. entsprechen also sog. internen normativen Instruktionen (interne Vorschriften) (*interní normativní instrukce (vnitřní předpisy)*), die keine Rechtsquellen (*prameny práva*) sind und in der heutigen Rechtstheorie deutlich von sog. allgemein verbindlichen Rechtsvorschriften (*obecně závazné právní předpisy*) unterschieden werden vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 64; zur Verbindlichkeit und Bedeutsamkeit interpretativer Schlussfolgerungen vgl. S. 181 ff.

<sup>553</sup> Vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes ist heute eine mögliche Selbstbindung zu beachten.

<sup>554</sup> So Bažil, Z.: a. a. O., S. 47.

<sup>555</sup> číslo jednací=Geschäftszahl.

<sup>556</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 47. Genausowenig wurde damals die Prinzipienproblematik zur Auslegung aufgegriffen.

In der Sache Boh. A 819/42 enteignete die Verwaltungsbehörde den Beschwerdeführern verschiedene Grundstücke zum Zwecke des Ausbaus eines Militärflughafens. Entschädigung für die Enteignung erkannte sie nur Grundstückspartellen zu, die enteignet wurden und den Beschwerdeführern erkannte sie eine Entschädigung nicht zu für die Eigentumsentwertung, erlitten durch Verkleinerung des allgemeinen Werts der wirtschaftlichen Komplexe, zu denen die enteigneten Anwesen gehörten.

Streitig war die Auslegung des in § 2 Absatz 3 des damaligen Gesetzes Nr. 63/1935 Slg., über Enteignungen zu Zwecken des Staatsschutzes, angeführten Begriffes „Liegenschaft“ („*nemovitost*“), gemäß dem, wenn es um eine teilweise Enteignung geht, es nötig war, bei der Bestimmung der Entschädigung nicht nur den Wert zu berücksichtigen, welchen die enteignete Liegenschaft vor der Enteignung hatte, sondern auch den, um den sich der Wert des übrigen Teils der Liegenschaft nach der Enteignung verkleinerte.

Die beklagte Behörde verstand unter „Liegenschaft“ im Sinne des zitierten Gesetzes nur eine bestimmte Grundstückspartelle und bei der Bestimmung der Entschädigung konnte man nach ihrer Ansicht nur darauf Rücksicht nehmen, um was sich der Wert des übrigen Teils dieser Partelle nach der Enteignung verkleinerte und keineswegs der ganzen auf der Grundstückspartelle umgelegten Wirtschaft. Dabei ging die Verwaltungsbehörde von in anderen enteignenden Rechtsvorschriften angeführten entsprechenden rechtlichen Regelungen aus, denn das Gesetz, dessen Rechtsnorm sie anwendete, definierte den Begriff der teilweisen Enteignung nicht näher.

Das ehemalige NSS würdigte das Vorgehen der Verwaltungsbehörde nicht als richtig. Für die Auslegung des streitigen Begriffes ging es von den im damals gültigen bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen grundlegenden Enteignungsvorschriften aus, das eine Entschädigung für die ganze enteignete Sache zuerkannte. Daher wollte nach Ansicht des ehemaligen NSS der Gesetzgeber auch nicht bei der teilweisen Enteignung der Liegenschaft nach dem angewandten Enteignungsgesetz nur für enteignete einzelne Partellen definieren, sondern für die Entwertung aller, was mit ihnen zusammenhing, folglich für die teilweise enteignete Liegenschaft als Bestandteil des durch ein bestimmtes wirtschaftliches Ganzes gebildeten Komplexes.

7) Ein Rechtsbegriff, der in einer Rechtsvorschrift bedeutungsmäßig bestimmt ist, kann in einer anderen unbestimmt sein, wenn nämlich Zweifel darüber entstehen, in welcher Bedeutung er in dieser Vorschrift zu verwenden ist, ob er sich seine ursprüngliche Bedeutung bewahrt oder wenn er in einer ganz anderen Bedeutung zu verwenden ist.<sup>557</sup>

In der Sache Boh. A 1094/43 war die Bedeutung des Begriffes „gewerbliches Unternehmen“ („*živnostenský podnik*“) streitig. Nach dem damals gültigen Gesetz über den Schutz der Mieter wurde es als wichtiger Grund für die Erlaubnis einer Kündigung angesehen, wenn der Inhaber eines „Fabrik-, Gewerbe- oder Landwirtschafts-“ Unternehmens („*tovární, živnostenský nebo zemědělský podnik*“) zu Betriebszwecken die Wohnung für seinen Angestellten benötigte. Im entschiedenen Fall war die Nationalbank für Böhmen und Mähren das kündigende Subjekt. Streitig war dann, ob diese Bank berechtigtes Subjekt im Sinne des zitierten Gesetzes sein kann oder nicht. Eine positive Antwort gab die beklagte Behörde, die den Begriff

---

<sup>557</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 48.

„gewerbliches Unternehmen“ in einem weiten Sinn erklärte und keineswegs im Sinne der Gewerbeordnung. Der Beschwerdeführer dagegen behauptete, dass gewerbliches Unternehmen im Sinne des zitierten Gesetzes einzig ein Unternehmen der Gewerbeordnung sein kann, als welches die Bank unmöglich angesehen werden kann.

Das ehemalige NSS legte bei der Auslegung des streitigen Begriffes die Betonung auf die Weise, in der der Gesetzgeber die betreffende Vorschrift formuliert hat und in der er die Begriffe „Fabrik“- „Gewerbe“- und „Landwirtschafts“- nebeneinander anführte, auch wenn es nötig ist, nach der Gewerbeordnung auch Fabrikgewerbe als Gewerbeunternehmen anzusehen. Daraus leitete es dann ab, dass mit der Absicht des Gesetzgebers, ausgedrückt durch die erwähnte Formulierung, es offenbar im Einklang mit dem aufgegliederten Wirtschaftsleben in Industrie, Gewerbe einschließlich Handel und Landwirtschaft war, allen Gruppen des Wirtschaftslebens zu ermöglichen, eine Kündigung aus oben zitiertem gesetzlichen Grund zu erteilen. Daher identifizierte es sich unter extensiver Auslegung des streitigen Begriffes mit dem der Verwaltungsbehörde und erkannte ihm seine ursprüngliche Bedeutung nach der Gewerbeordnung nicht zu.

8) Ein unbestimmter Rechtsbegriff, der in einer besonderen Rechtsvorschrift durch einen molekularen Ausdruck ausgedrückt wird, zusammengesetzt aus zwei selbständigen Ausdrücken, von denen einer einen in einer anderen Rechtsvorschrift definierten Begriff ausdrückt, kann unmöglich automatisch im Sinne der zuletzt erwähnten Vorschrift ausgelegt werden.<sup>558</sup>

In der Sache Boh. A 908/42 wurde der Beschwerdeführer durch den Böhmischemährischen Verband für die Regelung des Handels mit Schlachtvieh dafür belangt, dass er zwei Schweine und zwei Bullenkälber durch Schätzung anstatt des lebenden Gewichtes kaufte, wie es die Rechtsvorschrift bestimmte. Nach dieser Vorschrift bezog sich die Zuständigkeit des Verbandes auf die Mitglieder, die die Vorschrift als „Besitzer von Rindvieh, Schweinen oder Schafen“ (*„držitel skotu, vepřů nebo ovců“*) ansah.

Der Beschwerdeführer bestritt, dass er Mitglied des Verbandes ist, denn er sah sich nicht als Besitzer im Sinne der erwähnten Rechtsvorschrift.

Das ehemalige NSS sah die Beschwerde als berechtigt an und führte aus, dass bei der Auslegung des streitigen unbestimmten Rechtsbegriffes es nötig ist, von der Bedeutung auszugehen, in welcher er im gegebenen Wirtschaftsbereich gewöhnlich verwendet wird. Als Besitzer verstehen dann diese Kreise Personen, die sich der Viehzucht verschreiben und zu diesem Zweck Vieh halten, folglich nur Züchter, z. B. Tierpfleger, keinesfalls aber Halter dieses Viehs im Sinne des bürgerlichen Rechts. Seine Ansicht stützte sich auf die Erwägung, dass der Besitz (*držba*) als Rechtsinstitut des bürgerlichen Rechts nur zeitweilige und vorübergehende Rechtsverhältnisse begründen kann, während die Mitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft an Voraussetzungen gebunden ist, die sich durch eine dauernde Beziehung und diese Tatsache eine bestimmte persönlich verliehene Eigenschaft des Mitglieds kennzeichnen. Das ehemalige NSS gelangte daher zur Auslegung, dass unter dem streitigen Begriff nur Halter der erwähnten Art von Vieh, keinesfalls seine Halter im bürgerlich-rechtlichen Sinne zu verstehen ist.

---

<sup>558</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 48.

9) Zur Demonstration des Vorgehens des ehemaligen NSS bei der Klärung der Bedeutung unbestimmter Rechtsbegriffe werden beispielsweise Auszüge aus einigen seiner Judikate angeführt, von denen es offenkundig ist<sup>559</sup>, welche Gedankengänge es waren, aufgrund derer es diese Begriffe interpretierte:

a) In Rechtsvorschriften aus dem Bereich des Verwaltungsrechts erscheinen oft die Begriffe „öffentliches Interesse“ („*veřejný zájem*“), „allgemeines Interesse“ („*obecný zájem*“). Wegen ihrer übermerklichen Unbestimmtheit rufen sie beträchtliche Schwierigkeiten bei der Interpretation hervor. Das ehemalige NSS nahm diesbezüglich folgenden Standpunkt ein:

Den Begriff „öffentliches Interesse“, soweit ihn nicht irgendeine Rechtsvorschrift mit einem bestimmten Inhalt ausgefüllt hat, sah es als bedeutungsmäßig undefiniert weit an und verstand unter ihm alle denkbaren Bestandteile des öffentlichen Interesses, folglich irgendwelche Umstände wirtschaftlichen, politischen, ideellen, ethischen und anderen Einschlags (Boh. A 971/42). Es forderte aber, dass das Verwaltungsorgan in der Begründung seiner Entscheidung diesen Begriff genau konkretisierte durch die Anführung eines derartigen Interesses, das es für den entschiedenen Fall als wichtig ansah. Als gänzlich ungenügend bezeichnete es ein solches Vorgehen des Verwaltungsorgans, das sich in der Begründung nur auf die allgemeine Feststellung beschränkte, dass die Entscheidung im Einklang mit dem öffentlichen Interesse ist oder dass es im entschiedenen Fall

„um den Schutz des unveräußerlichen öffentlichen Interesses geht, das das Verwaltungsorgan kraft seines Amtes zu schützen verpflichtet ist“.<sup>560</sup>

Es verlangte, dass die Konkretisierung dieses Begriffes nach dem Inhalt der Sache, die durch das Verwaltungsorgan geregelt werden soll, bestimmt werden sollte, nicht danach, ob die Person, die Anlass zum Einschreiten des Verwaltungsorgans gab, eine öffentliche oder private Person ist (Boh. A 1137/43).

Wenn eine Rechtsnorm die Ausübung der Befugnis des Verwaltungsorgans bei der Entscheidung einer bestimmten gesellschaftlichen Beziehung unter der Bedingung zweier alternativ ausgedrückter unbestimmter Rechtsbegriffe erwägt, unter denen einer der Begriff „öffentliches Interesse“ ist und der zweite Begriff ein diesem bedeutungsmäßig naher, z. B. der Begriff „außerordentliche wirtschaftliche Verhältnisse“ („*mimořádné hospodářské poměry*“), dann sah es den Begriff „öffentliches Interesse“ als weiter und überwiegend an.

---

<sup>559</sup> So Bažil, Z.: a. a. O., S. 49.

<sup>560</sup> Vgl. Boh. A 476/40, Boh. A 12828/37.



So hob die Verwaltungsbehörde im Jahr 1939 in der Sache Boh. A 533/40 die Gültigkeit der Bescheinigung auf, die dem Beschwerdeführer das Jahr davor zur Ausübung einer Zahnarztpraxis erteilt wurde. Ihre Entscheidung begründete es damit, dass der Beschwerdeführer ununterbrochen als Zahnarzt im Ausland wirkte und dass im Inland als Folge veränderter staatsrechtlicher Verhältnisse ein Überschuss von Angehörigen des Ärztestandes eingetreten und es zuzulassen in öffentlichem Interesse unmöglich ist, dass dieser Überschuss noch durch die Erlaubnis einer ärztlichen Praxis gegenüber Personen vergrößert würde, die die Praxis von woandersher mitzubringen beabsichtigen, ohne dass sie früher ihre ärztliche Praxis auf dem Gebiet der Tschechoslowakischen Republik ausgeübt haben.

Der Beschwerdeführer wandte ein, dass der örtliche Bedarf der Bevölkerung einziges Kriterium in vorliegendem Fall für die Entscheidung der Frage sein sollte, ob durch die Berechtigung zur Ausübung der zahnärztlichen Praxis die außerordentlichen wirtschaftlichen Bedürfnisse gefährdet werden, und keineswegs der allgemeine Verweis auf den Überschuss der Angehörigen des Ärztestandes, ohne dass konkret angeführt wurde, dass am Ort, um den es geht, bereits ein Überschuss von Zahnärzten besteht, sodass die überprüfte neue Berechtigung wirtschaftlich schädlich wäre. Diese Argumentation reagierte auf die Bestimmung § 4 der Regierungsverordnung Nr. 265/1938 Slg., nach der die zuständige Verwaltungsbehörde die Erlaubnis aufheben sollte, wenn sie dagegen Einwände hinsichtlich außerordentlicher wirtschaftlicher Verhältnisse oder überhaupt aus Gründen des öffentlichen Interesses hatte.

Das ehemalige NSS führte in seiner Entscheidung unter Anderem an, dass „Gründe des öffentlichen Interesses“ (*„důvody veřejného zájmu“*) einen weiteren Begriff darstellen als „außerordentliche wirtschaftliche Verhältnisse“ (*„mimořádné hospodářské poměry“*). Wenn die Rechtsvorschrift beide Begriffe neben einander stellt, ist daraus offensichtlich, dass „Gründe des öffentlichen Interesses“ unmöglich in diesem Fall als „außerordentliche wirtschaftliche Verhältnisse“ verstanden werden kann, sondern öffentliche Interesse anderer als nur wirtschaftlicher Natur ist.

Die sich auf den Begriff des öffentlichen Interesses beziehenden allgemeinen Erwägungen betreffen auch den ihm entsprechenden Begriff „allgemeines Interesse“ (*„obecný zájem“*). Dieser wird in der Regel mit Rücksicht auf die Natur des verhandelten Falles und den anknüpfenden Text der Rechtsvorschrift, in der dieser Begriff angeführt wird, interpretiert.<sup>561</sup>

So erlegte z. B. in der Sache Boh. A 1190/44-45 die Verwaltungsbehörde einem bestimmten Geldinstitut auf, dass es mit einem anderen Geldinstitut am selben Ort verschmelzen sollte, das mit dieser Fusion einverstanden war. Die Verwaltungsentscheidung wandte eine Rechtsvorschrift an, nach der die Verwaltungsbehörde die Verschmelzung von Geldinstituten anordnen konnte, wenn das „das allgemeine Interesse zur Vereinfachung der Verhältnisse im Geldwesen erforderte“ (*„žádal obecný zájem na zjednodušení poměrů v peněžnictví“*). Die Verwaltungsbehörde interpretierte den Begriff „allgemeines Interesse“, der bereits durch die Rechtsvorschrift zur Vereinfachung der Verhältnisse im Geldwesen verengt wurde, so, dass sie unter ihm die Erreichung der verlangten Vereinfachung an einem bestimmten Ort ohne Gefährdung der Interessen seiner Einwohner verstand. Daher erblickte sie die Ausfüllung dieses

---

<sup>561</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 50.

Begriffes darin, dass beide Geldinstitute demselben Kundenkreis dienten und den Sitz am selben Ort hatten. Mit dieser Auslegung stimmte auch das ehemalige NSS überein.

b) Boh. A 10503/33 – Auslegung des Begriffes „Lastautomobil“ (LKW) („*nákladní automobil*“)<sup>562</sup>

Die Verwaltungsbehörde befand J. S. einer Ordnungswidrigkeit für schuldig, dass er auf seinem LKW massenhaft Personen beförderte. Durch einschlägige Verordnung des ehemaligen Landespräsidenten für das Land Mährisch-Schlesien aus dem Jahr 1920 wurde das Verbot der Massenbeförderung von Personen durch Lastautomobile erlassen. Die Verwaltungsbehörde ging von der Ansicht aus, dass für die Beurteilung, ob das Fahrzeug ein Lastautomobil oder keines ist, die Typenbescheinigung hinreichend ist. Daher erhob es keine anderen Beweise vor allem hinsichtlich des Einwands im geltend gemachten Verfahren, dass die Karosserie dem Typ Autobus angepasst war.

Das ehemalige NSS entsprach der eingereichten Beschwerde und hob die angefochtene Verwaltungsentscheidung auf. Die Auslegung des vorliegenden Begriffes stützte es auf den Zweck der oben erwähnten Verordnung damit, dass als ein „Lastautomobil“ ein solches Fahrzeug anzusehen ist, das nach seiner Konstruktion und seine äußere Form nur an den Lastverkehr angepasst ist und das sich für den Personenverkehr daher nicht eignet sowie für einen solchen Verkehr nicht hinreichend sicher erscheint. Es legte daher die Betonung auf die Konstruktion und die Form des Fahrzeugs als bestimmend für seinen Charakter als Lastautomobil oder als auch für die Personenbeförderung geeignet. Weil die Verwaltungsbehörde in diesem Sinne den nötigen Beweis besonders den Augenschein des Fahrzeugs nicht herstellte, kam es zu einem wesentlichen Verfahrensfehler, der seine unrichtige Auffassung bewirkte.

c) Boh. A 2827/23 – Bedeutung des Begriffes „anderes Gebäude“ („*jiná budova*“) im Sinne des damals gültigen Montangesetzes.

Durch Entscheidung der Verwaltungsbehörde wurden Gemeindegrundstücke zum Nutzen von Bergwerkstätigkeiten enteignet. Gleichzeitig wurden die Einwände der Gemeinde, die die Unzulässigkeit der Enteignung geltend machte, damit abgewiesen, dass es um Grundstücke gehe, die in den Grenzen der 38-Meter-Zone vom gemeindlichen Wasserreservoir liegen, das sie als „anderes Gebäude“ im Sinne des § 17 des damals gültigen Montangesetzes ansah. Nach dieser Bestimmung war es nämlich nicht ohne Zustimmung des Eigentümers gestattet, in den Grenzen bis 38 Meter von Wohn-, wirtschaftlichen und anderen Gebäuden aus zu schürfen.

Das ehemalige NSS hob aufgrund der eingereichten Beschwerde diese Entscheidung auf und führte unter Anderem aus:

„Die Frage ist, ob es möglich ist, die streitige Wasserleitung unter den gesetzlichen Begriff „anderes Gebäude“ zu subsumieren. Der Ausdruck, den der Gesetzgeber hier verwendete, ist weit und unbestimmt. Aus dem Begriff „Baulichkeiten“ ergibt sich freilich vor allem eine Begrenzung in der Richtung, dass am gesetzlichen Schutz gegen das Schürfen nur Gebilde menschlicher Arbeit

---

<sup>562</sup> Vgl. Siebenschein, H.: a. a. O., Stichwort „*nákladní*“: auch LKW, Lastauto.

teilhaben sollen, die durch Tätigkeiten angefertigt wurden, die als „Baulichkeit“ [„stavěni“] zu benennen möglich, und diese Baulichkeit aus Material ist, das als „Bau“substanz [hmota „stavební“] zu erkennen möglich ist. Im gewohnheitssprachlichen Sinn gehört aber zum Begriff „Gebäude“ noch ein weiteres Merkmal, d. h. dass diese Baulichkeit fest mit der Erdoberfläche verbunden ist und dass die Baulichkeit irgendeinen inneren Raum enthält, durch Wände begrenzt und durch ein Dach bedeckt wird. Das Objekt, dem die angeführten Merkmale fehlen, hätte unmöglich als „anderes Gebäude“ erkannt werden können. Aber es ist notwendig noch zu prüfen, ob sich nicht aus dem Zusammenhang, in dem das Gesetz diesen Ausdruck verwendet, und aus dem offenbaren Normzweck, in dem er verwendet wird, noch ein weiteres Moment ergibt, das den Begriff „andere Gebäude“ in § 17 des Montangesetzes definiert“.

Durch die Analyse der vom Montangesetz verfolgten und sich aus ihm ergebenden Ziele kam dann das ehemalige NSS zu dem Schluss, dass

„unter anderen Gebäuden im Sinne von § 17 des Montangesetzes folglich Objekte zu verstehen sind, die, sie haben die Begriffsmerkmale eines „Gebäudes“ im gewöhnlichen Sinne dieses Wortes, sich durch einen wahrscheinlich höheren wirtschaftlichen Wert auszeichnen, als es gewöhnliche landwirtschaftliche Grundstücke sind (wie vor allem ein mit Mauern umfriedeter Acker)“.

Diese Qualität erkannte es dann dem streitigen Wasserreservoir zu, das die technischen Erfordernisse eines Gebäudes hatte und der Versorgung der ganzen Gemeinde mit Trinkwasser diente.

Bei der Anwendung der Rechtsnorm mit unbestimmtem Rechtsbegriff beeinflusst die Bestimmung der Bedeutung dieses Begriffes die Tatsachenfeststellung des Verwaltungsorgans. Wenn das Verwaltungsorgan zu einer unrichtigen Bestimmung der Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffes gelangt, dann kommt es in der Regel auch zu einer unvollständigen Tatsachenfeststellung, denn als Gegenstand seiner kognitiven Tätigkeit behandelt es nicht Tatsachen, die es feststellen und auf die es einzig seine Entscheidung gründen sollte.<sup>563</sup> Wegen Fehler des Verwaltungsorgans bei der Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffes im Zusammenhang mit der Unvollständigkeit der Tatsachenfeststellung bleibt die Verwaltungsentscheidung gesetzeswidrig und war als solche auch Grund einer Kassation durch das ehemalige NSS. In seinem aufhebenden Erkenntnis ersetzte das ehemalige NSS die unrichtige Auslegung des Verwaltungsorgans durch seine eigene, an die das Verwaltungsorgan im weiteren Verfahren gebunden war. Gleichzeitig deutete es ihm auch die Richtung für die Ausfüllung des konkreten Tatbestandes an. Aber nicht jede irrige Rechtsansicht des Verwaltungsorgans sah das ehemalige NSS als geeignet an, die Gesetzeswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung hervorzurufen. Wenn nämlich der Ausspruch der Entscheidung im Einklang mit dem Gesetz war, dann hat es nach dem ehemaligen NSS auf die Beurteilung der Gesetzmäßigkeit

---

<sup>563</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 51.

einer solchen Entscheidung keinen Einfluss, dass das Verwaltungsorgan hinsichtlich seiner Rechtsgrundlage von einer falschen Rechtsansicht ausging. Das das ehemalige NSS führte in Boh. A 938/42 aus:

„Bei der gerichtlichen Kontrolle des Verwaltungsaktes geht es nicht darum, ob die Behörde zu einem Entscheidungsausspruch auf richtigen oder falschen Wegen kam, sondern darum, ob die Entscheidung der Behörde im Einklang mit dem Gesetz ist. Zur Aufhebung der Entscheidung kann das Gericht nur wegen ihrer Gesetzeswidrigkeit kommen und nicht deshalb, dass die Behörde nicht den richtigen Weg beschritten hat.“<sup>564</sup>

#### *(ii) Zum Umfang unbestimmter Rechtsbegriffe*

Der spezifische Abriss über unbestimmte Rechtsbegriffe vor allem unter Einbeziehung des Standpunkts der klassischen Rechtstheorie beruht darauf, dass sich die Unbestimmtheit sowohl in ihrem Inhalt zeigt, sodass ihre Bedeutung unsicher ist, aber auch in ihrem Umfang, sodass unmöglich immer ganz eindeutig festgestellt werden kann, welche Tatsachen und aus welchem Grund sie dem vorliegenden unbestimmten Rechtsbegriff entsprechen. Für jede richtige Entscheidung gilt grundsätzlich, dass sie vom Tatbestand ausgehen muss, welchen das Verwaltungsorgan festgestellt hat. Im Fall eines unbestimmten Rechtsbegriffes muss nicht immer die Rechtsvorschrift dem Verwaltungsorgan bestimmen, welche Tatsachen es feststellen soll, dass sie diesem Begriff entsprechen; das kann auch – rechtstheoretisch gesprochen - nicht zuletzt in seinem Ermessen (*úvaha*) liegen.<sup>565</sup> Für das Verwaltungsorgan ergibt sich dann ebenfalls die weitere Aufgabe, dass es die festgestellten Erfahrungen so bewertet, dass die den Inhalt seiner Entscheidung bildende sich ergebende Lösung hinsichtlich des entschiedenen Falles optimal ist. Der unbestimmte Rechtsbegriff bildet so dem Verwaltungsorgan einen Raum (*prostor*), in dem es auch seine Werturteile geltend machen kann. Diese Werturteile klassifizierte das ehemalige NSS als Tatsachenfrage, die es von seiner Überprüfung ausnahm.<sup>566</sup> Mit Rücksicht auf die Möglichkeiten der Unterordnung verschiedener Tatsachen unter den gegebenen unbestimmten Rechtsbegriff kommt es bei ihnen dann<sup>567</sup> nicht zu einer Subsumtion, die eigentlich die Konklusion des logischen Syllogismus darstellt, denn es fehlt – bei

---

<sup>564</sup> Eine Ausnahme wegen einer durch die Einschätzung der Verwaltungsbehörde verursachten Wesensänderung des gebundenen Akts im Bezug auf einen anderen Sachverhalt und eine abweichende Rechtsgrundlage wird vom ehemaligen NSS nicht erörtert.

<sup>565</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 52.

<sup>566</sup> Zur Unterscheidung in Tatsachen- und Rechtsfragen sowie ihrem Zusammenhang mit der gerichtlichen Überprüfbarkeit vgl. Jesch, ???.

<sup>567</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 52 formuliert seine Überlegungen hierüber (ver)allgemein(er)nd, aus dem Kontext wird nicht ganz deutlich, ob es eben auch um den Rest einer subjektiven Wertungsmöglichkeit, die subjektiven Werturteile der Verwaltungsbehörde bzw. des Fachgremiums geht, die eine rein kognitive einzig richtige Auflösung unmöglich machen, da die besondere Fachkunde als Tatsachenbeurteilung in den Vordergrund gestellt wird. Bažil, Z.: a. a. O., S. 55 verweist aber sehr wohl auf die Judikatur des ehemaligen NSS, die keine zwingende Bindung der Verwaltungsbehörde an das Sachverständigenurteil vorsieht, sie muss dieses aber berücksichtigen.

unbestimmten Rechtsbegriffen mit insoweit subjektivem Wertungselement ganz gewöhnlich – die direkte Beziehung zwischen der in der Rechtsnorm definierten abstrakten Tatsache und der ihr entsprechenden konkreten Tatsache des entschiedenen Falles, die dann ihre Erfüllung im Rahmen der angewandten Rechtsnorm ermöglicht (vgl. Boh. A 3637/24).

Der angedeutete Zugang des ehemaligen NSS zu den Werturteilen (*hodnotící úsudky*) des Verwaltungsorgans lässt sich ebenfalls anhand einiger Judikate veranschaulichen:

1. Die Urteile des Verwaltungsorgans, ob die Tatsachen des konkreten Falles dem unbestimmten Rechtsbegriff entsprechen, klassifizierte das ehemalige NSS als Teil des konkreten Tatbestandes bildende Tatsachenurteile.

In der Sache Boh. A 12237/35 überprüfte das ehemalige NSS die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung einer Verwaltungsbehörde, die die Entscheidung eines gemeindlichen Vertreters bestätigte, durch die der Kanzleigemeindebeamte dienstlich höher gestuft wurde, im Hinblick darauf, dass ihm der private Dienst vor Eintritt in den Dienst in der Selbstverwaltung angerechnet wurde, sowie auch der einstweilen ausgeübte Dienst in der Selbstverwaltung durch sie. Die zum ehemaligen NSS eingereichte Beschwerde beanstandete, dass die angerechneten Dienste unmöglich als derartige „besondere Umstände“ (*„zvláštní okolnosti“*) angesehen werden können, die das Gesetz als Voraussetzung einer Anrechnung ermöglicht. Das ehemalige NSS hat zuerst eine Auslegung des erwähnten unbestimmten Rechtsbegriffes gegeben und weiter angeführt, dass

„das Urteil darüber, ob die Umstände dieses einen konkreten Falles solche „besonderen Umstände“ im angeführten Sinne des Gesetzes sind, das Ergebnis tatsächlicher Umstände ist. Es geht also um ein Tatsachenurteil, das das ehemalige NSS nur in dem Umfang überprüfen kann, ob dieses Urteil nicht auf einem unvollständig festgestellten Tatbestand beruht oder unter Vernachlässigung tatbestandlicher Erfordernisse des Verfahrens oder ob der Schluss aus den durch die Behörde behandelten festgestellten tatsächlichen Prämissen nach dem Gesetz des logischen Denkens möglich ist.“

In der Sache Boh. A 2838/23 entschied der Justizminister die Versetzung des öffentlichen Notars XY aus dienstlichen Gründen an einen anderen Ort. Zu einem solchen Vorgehen war der Justizminister durch die Bestimmung § 2 des Gesetzes Nr. 305/1921 Slg. ermächtigt, bei dem der im Text angeführte unbestimmte Rechtsbegriff „dienstliche Gründe“ (*„důvody služební“*) eine der Voraussetzungen der Versetzung war. Das ehemalige NSS legte diesen Begriff so aus, dass die Versetzung nicht aus willkürlichen Gründen durchgeführt werden kann,

„sondern, nur insoweit, als dies dienstliche Rücksichten erfordern, also die Rücksicht auf eine zweckmäßige und geeignete Ordnung des öffentlichen Notardienstes. Diese Gründe können objektiver Natur sein, sie können aber von subjektiven, in den Persönlichkeiten der Notare, um die

es geht, begründeten Momenten beherrscht werden. Ob im konkreten Fall solche Gründe gegeben sind, ist eine Tatsachenfrage. Der Schluss, zu dem das Verwaltungsorgan in der derartigen Frage kommt, ist allein Bestandteil des Tatbestandes seiner Entscheidung. Das NSS ist folglich nicht befugt, Urteile, zu denen die Verwaltungsbehörde in Fragen der Zweckmäßigkeit und Geeignetheit gelangt ist, sachlich zu überprüfen und durch ein eigenes Urteil ersetzen, aus dem es eben nur den Teil des Tatbestandes der Entscheidung bildet“.

Die Werturteile der Verwaltungsorgane beurteilte das ehemalige NSS auch als durch ein besonders dazu durch Gesetz gestattetes Fachorgan eingereichte Fachurteile, die sich in sachlicher Hinsicht dem Erkenntnis des Gerichts entziehen.

In der Sache Boh. A 11494/34 wurden als Gegenstand der Beschwerde Einwände gegen den Regulierungs- und Bebauungsplan erhoben, den die staatliche Regulierungskommission ausgearbeitet hat und der auch vom zuständigen Ministerium bestätigt wurde. Das ehemalige NSS führte im abweisenden Erkenntnis aus:

„Die Beurteilung der Frage, ob öffentliche Interessen, durch die beklagte Behörde geltend gemacht, die streitigen Regelungen erfordern, entzieht sich der Kognition dieses Gerichts und muss der Behörde überlassen werden, denn es geht hier nicht um eine Rechtsfrage, sondern um eine fachliche Bewertung tatsächlicher Verhältnisse. Diese Bewertung übertrug das Gesetz Nr. 88/1920 Slg. in erster Linie dem besonderen Fachorgan, das die staatliche Regulierungskommission ist, zusammengesetzt nur aus Fachleuten. Das Fachurteil dieses Organs über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der entworfenen, durch das Fachministerium bestätigten Regelungen entzieht sich in sachlicher Hinsicht der Kognition dieses Gerichts, das zur Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen und Maßnahmen nur in sachlicher Hinsicht berufen ist“.

2. Werturteil und Schlussfolgerungen, welche das Verwaltungsorgan mit deren Hilfe ableitete, überprüfte das ehemalige NSS als Tatsachenumstände nicht. Es beschränkte sich nur auf die Feststellung, ob die Verwaltungsentscheidung nicht mit irgendeinem wesentlichen Verfahrensfehler belastet ist, nämlich wenn es einen Widerspruch zu Schriftstücken (*spisy*) gibt, wenn Ermittlungen unvollständig durchgeführt werden und ob der durch das Verwaltungsorgan aus den festgestellten tatsächlichen Prämissen abgeleitete Schluss nach den Grundsätzen des logischen Denkens möglich ist (Boh. A 3278/24, 8923/30, 11884/35). Zu diesem Zweck fordert es in seinen Erkenntnissen folgerichtig, dass die Verwaltungsorgane in der Begründung ihrer Entscheidungen grundsätzlich sowohl die Tatsachen anführen, von denen sie ausgehen, als auch die Erwägungen, mit denen sie diese Tatsachen bewerten. Das Erfordernis, dass die Verwaltungsorgane ihre Entscheidungen ordentlich begründen, ist allgemein und bezieht sich auf alle Verwaltungsentscheidungen.<sup>568</sup> Es ergibt sich aus dem die Tätigkeit der Verwaltung beherrschenden Legalitätsprinzip (*princip legality*) und zielt gerade

---

<sup>568</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 53.

darauf ab, dass die Verwaltungsorgane sich nicht willkürlich verhalten und ihre Kompetenz missbrauchen können. Es ist aber dort besonders dringlich, wo die Rechtsvorschrift nicht die Verwaltungstätigkeit in allen Einzelheiten regelt und umgekehrt aus rein rationalen Gründen ihr die Möglichkeit einer gewissen autonomen Entscheidung gibt. Das konsequent vom NSS durchgesetzte Erfordernis schuf Bedingungen nicht nur für die Ausübung der Überprüfungstätigkeit seiner und des Berufungsorgans im Verwaltungsverfahrens, sondern für die vollständige Unterrichtung des Adressaten der Verwaltungsentscheidung über die tatsächliche Grundlage und die Gedankengänge des Verwaltungsorgans. Soweit das ehemalige NSS feststellte, dass dieses Erfordernis bei der Entscheidung des konkreten Falles durch das Verwaltungsorgan nicht erfüllt wurde und in der Verwaltungsentscheidung nicht angeführt wurde, durch welches gedankliche Vorgehen und auf welcher Grundlage das Verwaltungsorgan zum entschiedenen Schluss gelangte, hob es eine solche Entscheidung, als mit einem wesentlichen Verfahrensfehler belastete, auf (z. B. Boh. A 9240/31).

3. Die Werturteile, durch sie sich das Verwaltungsorgan bei der Entscheidung des konkreten Falles leiten lässt, haben Gültigkeit nur im Rahmen der Entscheidung, die das Verwaltungsorgan in dieser Sache erlässt. Es kann aber passieren, dass dieselbe Rechtsnorm mit demselben unbestimmten Rechtsbegriff auf einen anderen Fall angewandt werden wird, der dem früher bereits entschiedenen gänzlich entspricht. Soweit in beiden Fällen Übereinstimmung in den entscheidenden Tatsachenumständen vorliegen wird, kann das Verwaltungsorgan sich aber nicht anderer Werturteile bedienen und zu einem anderen Schluss in der Sache gelangen.<sup>569</sup>

In der Sache Boh. A 14297/38 wandte das Verwaltungsorgan eine Rechtsnorm an, nach der die Voraussetzung „örtliche Bedürfnisse“ (*„místní potřeby“*) eine der gesetzlichen Bedingungen für die Erteilung einer Gaststätten- und Schankkonzession (*koncese hostinská a výčepnická*) war. Weil es bereits früher bei der Entscheidung eines anderen Falles, in dem es sich gleichfalls um die Erteilung der erwähnten Konzession handelte, und das am selben Ort und ohne größeren zeitlichen Abstand, zu dem Urteil kam, dass ein örtlicher Bedarf eines Gaststätten- und Schankgewerbes nicht gegeben ist und der Person A die Konzession nicht erteilte, ging es im entschiedenen Fall ganz umgekehrt vor und erteilte der Person B bei sonst gleichen tatsächlichen Bedingungen die Konzession. Es ging nämlich von der irrigen Ansicht aus, dass nach freier Würdigung sämtlicher Tatsachenumstände, auf die es bei der Prüfung des örtlichen Bedarfs in seiner Erwägung eingeht, es im einen Fall zu einer anderen Ansicht als im anderen Fall gelangen kann. Daher hob das ehemalige NSS seine Entscheidung als gesetzeswidrig auf.

4. Bei der Bewertung der festgestellten Tatsachen wertet das Verwaltungsorgan die Erkenntnisse aus, die es bei der Ausübung seiner Verwaltungsfunktion gewinnt und die nicht nur auf seine Fachkenntnis durch Heranbildungs- und Praxiserwerb beschränkt sind. Nichtsdestoweniger sind das vor allem seine

---

<sup>569</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 54. Dies stellt also im Ergebnis wiederum die Ausnahme der ausnahmsweisen Unüberprüfbarkeit des Werturteils dar. Der Grund liegt wohl in der dann gegebenen Tatsache intersubjektiver Mitteilbarkeit und Beweisbarkeit, die einen klaren kognitiven Schluss ermöglicht.

fachlichen Kenntnisse, die ihm ermöglichen, eine Auswertung der Tatsachen des von ihm entschiedenen Falles durchzuführen, und das auch in Bezug auf einen in der angewandten Rechtsnorm enthaltenen unbestimmten Begriff.<sup>570</sup> Manchmal treten aber Fragen auf, die den fachlichen Horizont überschreiten. Dann verbleibt ihm nur, ihre Verantwortung dazu berufenen Spezialisten zu überlassen, die Sachverständige oder andere besonders dafür qualifizierte Fachorgane sind (Boh. A 1212/44-45). Als eine solche Frage kann das Verwaltungsorgan aber nicht die „Zweckmäßigkeit“ („*účelnost*“) des Handelns ansehen, über das es entscheiden soll. Über sie muss sich das Verwaltungsorgan allein auf Grundlage der fachlichen, gegebenenfalls auch anderen örtlichen Kenntnisse ein Urteil tätigen, ohne dass es sich zu diesem Zweck ein Fachgutachten eines anderen Organs besorgen müsste (Boh. A 1238/44-45).

Der sachverständige oder andere fachliche Befund und die Beurteilung können aber nicht die wertende Beurteilung des Verwaltungsorgans ersetzen, sondern kann ihm nur die Tatsachengrundlage für seine Erwägung liefern. Dazu führte das ehemalige NSS aus:

„Welche Tatsachengrundlage nach dem Gesetz entscheidend ist und wie es sich sie rechtlich zu bewerten anschickt, das zu beurteilen bleibt ausschließlich behördlicher Kognition. Es ist Sache der Behörde, dass sie sich durch gebührende Formulierung von den Sachverständigen gestellten Fragen Äußerungen in den Momenten beschafft, die nach dem Gesetz entscheidend sind.“<sup>571</sup>

Die Bildung des Werturteils kann das Verwaltungsorgan nicht auf den Sachverständigen übertragen. Das Werturteil ist Bestandteil der Entscheidungstätigkeit des Verwaltungsorgans, für die ihm der Sachverständige durch seine Beurteilung eine gewisse Grundlage vorlegen kann, die dann Bestandteil des durch das Verwaltungsorgan festgestellten Tatbestandes ist (Boh. A 11663/35).

Das ehemalige NSS nahm auch einen Standpunkt zur Frage ein, ob die Verwaltungsorgane durch die sachverständige Beurteilung gebunden (*vázány*) werden. Auf diese Frage gab es eine negative Antwort damit, dass

„die Verwaltungsorgane als fachliche Behörden auch gegen die Beurteilung der Sachverständigen nach ihren eigenen fachlichen Kenntnissen entscheiden können. Aus den Umständen, dass die Verwaltungsorgane nicht durch die sachverständige Beurteilung bedingungslos gebunden werden, ergibt sich aber nur das, dass sie bei der Bildung eines eigenen Urteils im konkreten Fall ihre fachlichen Kenntnisse geltend machen und die sachverständig Beurteilung einer Kritik unterziehen können. Unmöglich kann daher die Fachlichkeit des Verwaltungsorgans so

---

<sup>570</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 54.

<sup>571</sup> Boh. A 9458/31.



überschätzt werden, dass diese es dazu berechtigt, dass es die sachverständige Beurteilung überhaupt nicht berücksichtigen und nur nach seinen eigenen Kenntnissen entscheiden würde.“<sup>572</sup>

In einem anderen Judikat formulierte es dann die Beziehung des Verwaltungsorgans zur Beurteilung des Sachverständigen so, dass wenn er auf die gestellte Fachfrage nicht hinreichend genau Antwort gibt, dann kann das Verwaltungsorgan nicht

„anstelle der fachlichen sachverständigen Beurteilung seine eigene Beurteilung stellen oder ohne Weiteres die gewonnene Beurteilung durch eine andere sachverständige Beurteilung ersetzen, sondern es ist verpflichtet, Maßnahmen zur Beseitigung des erwähnten Fehlers zu ergreifen, und es kann zu diesem Zweck insbesondere auch die Erhebung eines neuen Sachverständigenbeweises anordnen. Hier aber ist es unerlässlich, dass auch der neue Sachverständigenbeweis auf prozessual fehlerfreie Weise durchgeführt würde, d. h. für die Beteiligung der Parteien folglich, dass sie auch bei der Erhebung dieses neuen Sachverständigenbeweises die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen.“<sup>573</sup>

Die Gebundenheit des Verwaltungsorgans durch die Beurteilung des Sachverständigen oder eines anderen Fachorgans wäre einzig dann gegeben, wenn die Rechtsvorschrift bestimmte, dass das Verwaltungsorgan für bestimmte Umstände eine solche Beurteilung als Grundlage für sein Urteil nehmen muss. Im umgekehrten Fall ist die Beurteilung des Sachverständigen oder eines anderen Fachorgans kein Hindernis, dass das Verwaltungsorgan für die Feststellung der Tatsachengrundlage andere Ermittlungen unternimmt und Beweise erhebt, die ihrer Natur nach geeignet sind, dass sie rechtlich die entscheidende Tatsache nachweisen.<sup>574</sup>

So erkannte das ehemalige NSS in Sache Boh. A 820/42, in der die Behörde über die Versetzung der Beschwerdeführerin kraft Amtes in den dauernden Ruhestand entschied. Die Gründe für seine Entscheidung über das Verhalten der Beschwerdeführerin und ihre Charaktereigenschaften stellte es aus den Nachrichten der Dienstbehörde fest, der die Beschwerdeführerin zugeteilt wurde, und aus dem Bericht der Inspektionsbehörde.

Die Beschwerdeführerin wandte ein, dass die beklagte Behörde nicht befugt war, nachträglich Ermittlungen über ihr Verhalten anzustellen, wenn über sie eine günstige Beurteilung durch qualifizierte Kommissionen eingereicht wurden und dass diese Beurteilung für die beklagte Behörde ein Hindernis ist, das verwehrt, weitere Ermittlungen zu unternehmen.

Das ehemalige NSS befand die Rechtsansicht der Beschwerdeführerin für irrig und folgerte, dass die Rechtsvorschrift, die im vorliegenden Fall angewandt wird, nicht bestimmt, auf welche Weise sich die Behörde die nötige Tatsachengrundlage beschaffen für die Schlussfolgerung soll, dass der Beschäftigte

---

<sup>572</sup> Boh. A 798/42.

<sup>573</sup> Boh. A 730/40.

<sup>574</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 55.

dauerhaft geeignet ist, seine Dienststelle ordentlich zu bekleiden. Es muss alle entscheidenden Tatsachen feststellen und darin soll und kann ihm auch die erwähnte Beurteilung der qualifizierten Kommission, an die das Verwaltungsorgan rechtlich nicht ausschließlich gebunden ist, kein Hindernis sein.

Wenn das Verwaltungsorgan vom Befund und der Beurteilung des Sachverständigen oder eines anderen Fachorgans ausging, dann muss es in der Begründung seiner Entscheidung nicht nur den Schluss anführen, zu dem der Sachverständige das andere Organ gelangt ist, sondern auch die konkreten Tatsachenprämissen, von denen der Sachverständige (das andere Organ) ausging. Die Projektion ihres Befundes in die Verwaltungsentscheidung ist unerlässlich, dass es möglich ist zu beurteilen, ob die Feststellung des Sachverständigen oder anderen Organs vollständig war oder gebührend und ob ihre Schlussfolgerung und das auf dieser begründete Urteil des Verwaltungsorgans überhaupt aus diesen tatsächlichen Prämissen logisch abzuleiten möglich ist<sup>575</sup>.

Eine Frage dieser Art, mit der sich das ehemalige NSS beschäftigte, war die Beurteilung der Richtigkeit des Vorgehens des Verwaltungsorgans, das den Sachverständigen vor Ausarbeitung der sachverständigen Beurteilung über die Bedeutung des gesetzlichen Begriffes aufklärt.<sup>576</sup> So geschah es im Enteignungsverfahren, in dem zum Zweck der Bestimmung der Entschädigung für die enteigneten Grundstücke das Verwaltungsorgan dem Sachverständigen eine Auslegung des Begriffes „angemessene Entschädigung“ („*přiměřená náhrada*“) gab. Dazu führte das ehemalige NSS aus,

„dass die Feststellung der wesentlichen Merkmale und des Begriffsinhalts, mit denen das Gesetz operiert, nicht Aufgabe der Sachverständigen ist, sondern der Behörde. Sache der Sachverständigen ist es, dass sie mit Rücksicht auf diesen Begriffsinhalt, den das Gesetz verwendet, die tatsächlichen Verhältnisse feststellen und fachlich bewerten. Es ist daher unmöglich, es für eine unzulässige Einmischung in die Aufgaben des Sachverständigen zu halten, wenn das Verwaltungsorgan ihm aus rechtlicher Sicht vor allem auferlegt, wie er den bestimmten gesetzlichen Begriff zu verstehen hat.“<sup>577</sup>

bbb) Ermessen (*uvážení*) der Verwaltungsorgane bei der Anwendung verwaltungsrechtlicher Normen

Ausgehend von den obigen rechtstheoretischen Betrachtungen ist die Möglichkeit der Abgrenzung des Ermessens des Verwaltungsorgans bei der Anwendung verwaltungsrechtlicher Normen zu untersuchen.

---

<sup>575</sup> Vgl. Boh. A 14020/37.

<sup>576</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 56.

<sup>577</sup> Boh. A 405/40.

(1) Grundlegende rechtstheoretische Erkenntnisse des Verwaltungsermessens (*správní uvážení*)

1. Bereits die Novelle der Zivilprozessordnung durch das Gesetz Nr. 519/1991 Slg. bestimmte in § 245 Absatz 2, dass bei einer Entscheidung, die das Verwaltungsorgan aufgrund des durch das Gesetz eingeräumten freien Ermessens (Verwaltungsermessens) (*volná úvaha (správní uvážení)*)<sup>578</sup> erlassen hat, das Gericht nur überprüft, ob eine solche Entscheidung nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat.

An dieser Bestimmung, durch die die Überprüfungskompetenz in Bezug auf Verwaltungsentscheidungen den Gerichten übertragen wird, ist nach *Bažil* vor allem die Diktion – freies Ermessen (Verwaltungsermessens) (*volná úvaha (správní uvážení)*) – interessant.<sup>579</sup> Der in Klammern angeführte Ausdruck lässt sich danach begreifen als den Begriff „freies Ermessen“ („*volná úvaha*“) erklärend und konkretisierend offenbar mit Rücksicht auf die Terminologie, die sich in den letzten Jahren in der tschechischen juristischen Fachliteratur gefestigt hat und die die autonome, freie Äußerung des Verwaltungsorgans bei der Entscheidung des konkreten Falles mit dem Ausdruck „Verwaltungsermessens“ (*správní uvážení*) bezeichnet.

Wie bereits erwähnt, verwendete die ältere Verwaltungsrechtslehre gemischte Ausdrücke gleichen Inhalts, und zwar „Ermessen“ („*uvážení*“), „freies Ermessen“ („*volné uvážení*“), „gebundenes Ermessen“ („*vázané uvážení*“). Keiner dieser Ausdrücke aber ist ganz genau und sie haben insoweit ihre logischen Mängel.<sup>580</sup> Zu deren Beseitigung wurden andere synonyme Termini eingeführt wie „technisches Ermessen“ („*technické uvážení*“)<sup>581</sup> und die von den französischen Wörtern „*pouvoir discrétionnaire*“ (diskretionäre Gewalt) abgeleiteten Termini „diskreční“ oder „diskrecionální“ (der zuletzt erwähnte Ausdruck wurde auch in der Judikatur des ehemaligen NSS verwandt) oder „pflichtgemäßes Ermessen“ („*povinnostní uvážení*“), um die Vorstellung von einer absoluten Ungebundenheit auszuschließen, zu der der Ausdruck *volné uvážení* oft verleitete. Auch der gegenwärtige Terminus „*správní uvážení*“ ist nicht ganz zutreffend.<sup>582</sup> Nach *Bažil* drückt er zwar verhältnismäßig gut aus, dass mit ihm das Ermessen (*úvaha*) im Bereich der Verwaltung gemeint ist, aber anders blieb er im Kontext anderer Rechtsgebiete alleinstehend und fand kein entsprechendes ausdrückliches Gegenstück z. B. in

<sup>578</sup> Die neue Regelung des § 78 VwPO verwendet nur noch „*správní uvážení*“ („Verwaltungsermessens“).

<sup>579</sup> *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 57.

<sup>580</sup> Vgl. dazu *Správní právo (Verwaltungsrecht) – Texty II (Texte II)*. zit. in Anm. 37, S. 18-19. Dazu auch vgl. Merkl S. 153 ....auch Laun bei Merkl auch Hernritt Merkl S 154.

<sup>581</sup> Vgl. insoweit wieder Merkl S 154.

<sup>582</sup> Vgl. *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 57 zur alten Rechtslage.

Form des Terminus „gerichtliches Ermessen“ („*soudní uvážení*“)<sup>583</sup>, „finanzielles Ermessen“ („*finanční uvážení*“) usw.

Welcher dieser Ausdrücke die gedankliche Tätigkeit des Verwaltungsorgans am prägnantesten erfasst, die es durch das ihm durch das Gesetz übertragene Wahlrecht der Art der Entscheidung bewerkstelligt, ist rechtstheoretisch insoweit nur schwer zu sagen: wenn die Novelle der Zivilprozessordnung als Terminus technicus erneut den Ausdruck „*volné uvážení*“ ansprach, dann offenbar mit Rücksicht auf die Tradition, die dieser Terminus sowohl in der Literatur als auch in der Gesetzgebung hat und der auch für andere Rechtsgebiete als nur das Verwaltungsrecht verwendet wird. Im Hinblick auf diese langjährige Tradition ruft dieser Ausdruck, wenigstens vom Gesichtspunkt des gesetzten Rahmens her, keine Zweifel über seinen Inhalt hervor.<sup>584</sup> Auch der gegen ihn erhobene Einwand, dass nämlich in einem Rechtsstaat jedes Ermessen („*uvážení*“) des entscheidenden Subjektes bei der Anwendung einer Rechtsnorm nicht nur durch das konkrete Gesetz bedingt ist, sondern durch die ganze Rechtsordnung und nicht Ausdruck bloßer Willkür sein kann, ist zwar allein für sich richtig, aber weist noch nicht hinreichend die angebliche Ungeeignetheit und Unbrauchbarkeit dieses Ausdrucks im Recht aus.

Im Übrigen bedeutet gleichfalls auch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung („*volné hodnocení důkazů*“), der durch die Gerichts- und Verwaltungsprozessrechtslehre gewöhnlich anerkannt wird, nicht irgendeine Willkür bei der Bewertung der Wahrhaftigkeit der erhobenen Beweise. Dabei schadet auch das Adjektiv „frei“ („*volný*“) nicht.

Nach Bažil<sup>585</sup> dient die „Freiheit“ („*volnost*“) als Bestandteil des vorliegenden Ausdrucks nur der Unterstreichung einer bestimmten, im durch das Recht gebildeten Rahmen eingefassten geistigen Tätigkeit des entscheidenden Subjekts, bei der es seine Individualität und Ansichten geltend machen kann. Es hebt nicht die andere Seite dieser Tätigkeit hervor, nämlich ihre Bindung an die Rechtsordnung. Wenn eben dieser Bestandteil betont werden soll, dann wäre der Ausdruck „gebundenes Ermessen“ („*vázaná úvaha*“) besser, der aber wieder nicht die dem entscheidenden Subjekt durch das Recht zuerkannte Entscheidungsautonomie erfasst.

Jedes Ermessen (*uvážení*) ist eine geistige Tätigkeit, in der sich die Persönlichkeit des ermessenden Subjekts widerspiegelt und ist folglich subjektiver Natur. Auch die Anwendung

<sup>583</sup> Gleichbedeutend wird – wie bereits erwähnt – „*soudcovské uvážení*“ („richterliches Ermessen“) verwendet.

<sup>584</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 58.

<sup>585</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 58.

einer Rechtsnorm auf die vorliegende Tatsache ist geistige Tätigkeit, die nur im Kopf des Richters oder des Verwaltungsbeamten ablaufen kann und bei der sich auch im größeren oder geringeren Maße sein subjektives Ermessen äußern kann. Daher besteht kein Unterschied zwischen freiem und gebundenem Ermessen, es geht nicht um zwei unterschiedliche Arten der erwähnten geistigen Tätigkeit.

„Bei ihr durchdringen sich die Gebundenheit und die Freiheit gegenseitig und dies kann nur in den einen logischen Schluss über die Anwendbarkeit der Rechtsnorm auf die gegebene Tatsache münden.“<sup>586</sup>

Der nunmehr – in § 78 VwPO n. F. - nur noch in Gestalt des Begriffes „Verwaltungsermessen“ („*správní uvážení*“) verwendete Ausdruck kann demgegenüber insoweit aber einen gewissen rechtsdogmatischen Bruch mit der oben erwähnten rechtstheoretischen Tradition in der Verwendung der Bezeichnung des „freien Ermessens“ („*volné uvážení*“) bedeuten, nämlich dann, wenn man über das bloße Unterscheidungskriterium der gerichtlichen Unüberprüfbarkeit hinausgeht und das nunmehr als „Verwaltungsermessen“ bezeichnete „freie Ermessen“ aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht mehr mit – insoweit auch nicht mehr im Sinne der klassischen Rechtstheorie verstandenem – „Ermessen“ („*uvážení*“) allgemein begrifflich gleichzusetzen ist.<sup>587</sup> Dieses für die tschechische Rechtstheorie neue rechtsdogmatische Ermessensverständnis ist im Folgenden nach der damit zusammenhängenden Abgrenzungsfrage zu den sog. unbestimmten Rechtsbegriffen und der Betrachtung der Verortungsmöglichkeiten in der Rechtsnorm eingehender zu untersuchen.

## *(2) Verortung des Ermessens*

„Unter freiem Ermessen [*volné uvážení*] des Verwaltungsorgans versteht man in der Regel die diesem Organ durch das Gesetz begründete Freiheit, bei der Lösung des konkreten Falles eine von mehreren rechtlich möglichen Entscheidungen zu wählen.“<sup>588</sup>

---

<sup>586</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 58.

<sup>587</sup> Überlegungen zur entsprechenden rechtsdogmatischen Behandlung eines Ermessens bei unbestimmten Rechtsbegriffen auf den dem Verwaltungsermessen rechtstheoretisch entsprechenden Beurteilungsspielraum zu beziehen, können diesen Bruch zwar relativieren, grundrechtstatbestandsbezogene verfassungsrechtsdogmatische Vorgaben allerdings nicht ignorieren.

<sup>588</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 58.

Allgemein wird die Meinung angetroffen, dass das freie Ermessen (*volná úvaha*) nur durch das Gesetz bzw. eine aus ihm abgeleitete Rechtsnorm begründet werden kann. Die Unterschiedlichkeit der Ansichten äußert sich aber bei der Bestimmung, in welchem Teil der Rechtsnorm sich diese Grundlage verorten lässt und in welchem eigentlich der Raum (*prostor*) für ein Handeln des Verwaltungsorgans nach seinem eigenen Ermessen entsteht oder vielmehr entstehen kann. Die dazu entwickelten Ansichten lassen sich im Wesentlichen in drei Gruppen zusammenfassen:

*(i) Ermessen als Rechtsfolgeermessen*

Nach der ersten und (vor allem) in der (deutschen) Rechtslehre vorherrschenden Ansicht bildet sich die Ermächtigung (*pravomoc*) des Verwaltungsorgans zum Vorgehen nach freiem Ermessen in der Rechtsfolgenanordnung (*disposice*) der Rechtsnorm, die zu diesem Zweck geeignet geregelt ist. Diese Auffassung stellt die herrschende Meinung in der deutschen Ermessensdogmatik dar. Eine tschechische Verwaltungsrechtstheorie, die das Verwaltungsermessen nur im Hinblick auf seine gerichtliche Überprüfbarkeit als besondere rechtsdogmatische Erscheinungsform des Ermessens anzuseht, rechtstheoretisch aber ein Ermessen im begrifflichen Sinne in der Hypothese nicht ausschließt, steht insoweit in Widerspruch zum Standpunkt vom Ermessen als Rechtsfolgeermessen. Eine Vereinbarkeit wird – vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Vorgaben - bezeichnungshalber auch nicht ohne Weiteres dadurch eröffnet, dass sich Überlegungen zur entsprechenden rechtsdogmatischen Behandlung eines Ermessens bei unbestimmten Rechtsbegriffen auf den dem Verwaltungsermessen rechtstheoretisch entsprechenden Beurteilungsspielraum beziehen können.

Eine Regelung mit derartiger Rechtsfolgenanordnung enthalten vor allem Rechtsnormen, die in der Rechtsfolge Ausdrücke wie „*může*“ („kann“), „*lze*“ („kann, lässt sich tun“) enthalten, die der gegebenen Rechtsnorm den Charakter der Wahlfreiheit (*facultativnost*) geben, soweit sich nicht aus dem Sinn des Rechtstextes, dessen Bestandteile sie sind, das Gegenteil ergibt und für das Verwaltungsorgan dann die Verpflichtung entsteht, auf die durch die Rechtsnorm bestimmte Weise zu handeln. Im Fall einer fakultativen Regelung steht dem Verwaltungsorgan die Befugnis zu, zu ermessen (*uvážít*), ob auch bei Erfüllung der tatsächlichen in der Hypothese (*hypotéza*) angeführten Voraussetzungen die in der Disposition der Rechtsnorm definierte Rechtsfolge angewendet wird oder nicht.

Ein andermal enthalten Rechtsnormen in der Disposition eine alternative Regelung von Rechtsfolgen. Es liegt dann im Ermessen des Verwaltungsorgans, welche von diesen

Rechtsfolgen es als die geeignetste Art der sachlichen Lösung des zu entscheidenden Falles ansieht.

Die erwähnte Meinungsrichtung legt den Akzent auf die Regelung der Rechtsfolgenanordnung (*dispozice*) der Rechtsnorm in irgendeiner der oben angeführten Arten. Danach sind für die Bestimmung, welcher Teil der Rechtsnorm die Grundlage des freien Ermessens bildet, entscheidendes Merkmal nicht solche Tatsachen, die der abstrakte Tatbestand der Rechtsnorm überhaupt nicht erwähnt und deren Feststellung er auch nicht verlangt, sondern die Bestandteil des konkreten Tatbestands werden, aus dem dann das Verwaltungsorgan seine Entscheidung ableitet. Und eben auf diese Tatsachen legt die zweite Meinungsrichtung die Betonung.<sup>589</sup>

*(ii) Ermessen als Tatbestandsergänzung*

Die Verfechter der zweiten Ansicht behaupten, dass die oben erwähnte Regelung der Rechtsfolgenanordnung (*dispozice*) der Rechtsnorm nicht die Ermessensfreiheit (*volnost uvážení*) begründet, sondern dass den Raum für ihre Verwirklichung eigentlich die Tatbestandsseite oder Hypothese (*hypotéza*) der Rechtsnorm bildet. Sie argumentieren im Wesentlichen damit, dass auch die in der Rechtsfolgenanordnung (*dispozice*) der Rechtsnorm angeführte Rechtsfolge, geregelt auf eine der oben angeführten Weisen, eben so bestimmt ist, wie dies bei anderen Rechtsnormen der Fall ist. Unbestimmt ist nur die Hypothese (*hypotéza*), unbestimmt sind nur die in ihr enthaltenen Tatsachenvoraussetzungen, denn es genügt dazu nicht, dass das Verwaltungsorgan nur auf diesen seine Entscheidung aufbaut. Es muss sie mit weiteren Tatsachen des zu entscheidenden Falles ausfüllen, die ihm erst ermöglichen zu ermessen (*uvážít*), wie zu entscheiden ist. Dadurch, dass es die fehlenden Tatsachenvoraussetzungen entwickelt, schließt es gleichzeitig im Übrigen den geöffneten Tatbestand der angewandten Rechtsnorm. Gegenstand des Ermessens ist nicht die Antwort auf die Frage, welche Rechtsfolge, sondern primär welche Tatsachen den Besonderheiten des zu entscheidenden Falles entsprechen. In der Hypothese der Rechtsnorm ist die Ermächtigung (*zmocnění*) zum freien Ermessen (*volné uvážení*) enthalten. Die Wahl der Rechtsfolge ist nur eine Funktion der Tatbestandserfüllung.<sup>590</sup>

*(iii) Ermessen als Rest subjektiver Wertung*

---

<sup>589</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 59.

<sup>590</sup> Vgl. auch aus der deutschen Literatur z. B. Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut: a. a. O.

In die dritte Gruppe einzuordnen sind die – namentlich auf der klassischen österreichischen Rechtstheorie gründende<sup>591</sup> - Ansichten derer, nach denen die Ermächtigung (*zmocnění*) zum freien Ermessen (*volné uvážení*) sowohl in der Rechtsfolgenanordnung (*dispozice*) als auch in der Hypothese (*hypotéza*) der Rechtsnorm begründet werden kann. Auch das traditionelle weite Ermessensverständnis vor allem der tschechischen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist insoweit hier zu verorten. Die Grundlage freien Ermessens wurde nach diesen Ansichten nicht nur in der Regelung der Disposition gefunden, sei es durch Einverleibung des Wortes „*může*“ (sog. „kann“-Vorschriften) oder eines anderen entsprechenden Ausdrucks in ihren Text oder durch alternativ ausgedrückte Arten von Rechtsbegriffen im Text der Rechtsnorm, sei es in ihrer Hypothese oder Disposition. Dass auch unbestimmte Rechtsbegriffe als dem Verwaltungsorgan ermöglichendes Mittel anzusehen waren, nach freiem Ermessen zu entscheiden, ergab sich daraus, dass die Vertreter dieser Richtung unter freiem Ermessen auch die bei der Konkretisierung des Umfangs eines unbestimmten wertenden Rechtsbegriffes verwirklichte geistige Tätigkeit verstanden. Die Werturteile des auf das Auffinden einer optimalen Art einer Sachentscheidung abzielenden Verwaltungsorgans wurde als mit freiem Ermessen identisch angesehen. Es wurden Versuche unternommen, eine Antwort auf die Frage zu geben, ob unbestimmte Rechtsbegriffe eine Ermessensermächtigung (*zmocnění k uvážení*) geben oder nicht, nicht nach der Struktur dieser Begriffe (ihrer Grenzen und des Raums, der zwischen ihnen entsteht), sondern nach der Art der Rechtsnormen, in denen sie auftritt.<sup>592</sup> Es wurde behauptet, dass solche Normen nur die sind, die die Tätigkeit der Verwaltungsorgane regeln. Es wurde also ein im Verhältnis unbestimmter Rechtsbegriff und Rechtsnorm entgegengesetztes Vorgehen gewählt, welches z. B. *Michael Thaler* vertrat<sup>593</sup>, nach dem die Rechtsnorm dem unbestimmten Rechtsbegriff den Charakter prägt, sondern umgekehrt die Unbestimmtheit dieses Begriffes überträgt sich auf die Rechtsnorm und macht sie unbestimmt. Überdies bleibt die Frage, warum nur bei diesen Rechtsnormen und nicht anderen Rechtsbegriffe vorkommen können, die in Folge der Unbestimmtheit Raum für Ermessen des Verwaltungsorgans eröffnen. Es wurde aber auch eine solche Ansicht vertreten, dass es eigentlich auch unmöglich ist, unbestimmte Rechtsbegriffe vom freien Ermessen genau zu unterscheiden<sup>594</sup> und weil diese Begriffe Bestandteil des Wortlauts der Rechtsnorm

---

<sup>591</sup> Vgl. stellvertretend Sethy, A.: a. a. O.; aus der österreichischen verwaltungsrechtlichen Literatur, die allenfalls einen rechtsdogmatischen Unterschied annimmt.

<sup>592</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 59 f.

<sup>593</sup> Thaler, Michael: a. a. O.

<sup>594</sup> Stellvertretend Sethy, A.: a. a. O., der zeigt, dass kein theoretischer Wesensunterschied zwischen Ermessen und sog. unbestimmten Gesetzesbegriffen besteht, weil Ermessen den Rest subjektiver Wertung im Einzelfall auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen darstellen kann (a. a. O., S. 117-123), und dass in rechtstheoretischer Hinsicht andere Abgrenzungsversuche nicht möglich sind (kognitiv – volitiv, Tatbestandseite –



sowohl in ihrer Hypothese als auch Disposition bilden können, können sie auch in jedem ihrer Teile eine Ermessensermächtigung (*zmocnění k uvážení*) begründen. Die Rechtsnormen werden denselben Sinn ausdrücken, auch wenn ihr Wortlaut unterschiedlich formuliert wird und man in jeder von ihnen einen gewissen mehrdeutigen Ausdruck in anderer grammatikalischen Form verwenden wird.

Als Beispiel wurden die Rechtsnormen angeführt, von denen eine so formuliert wurde, dass „soweit die Ausschreitung es notwendig macht, greift die Polizei ein“ und die andere so, dass „bei Ausschreitungen die Polizei die notwendigen Maßnahmen ergreift“. Der Unterschied zwischen ihnen beruht darin, dass das Merkmal der „Notwendigkeit“ die Rechtsnorm zum Merkmal ihres Tatbestandes macht und folglich zur Tatsachenvoraussetzung des polizeilichen Eingriffs, während nach der anderen durch sie die Möglichkeit der Wahl zwischen verschiedenen zulässigen Maßnahmen begründet werden soll. Daraus leitete man dann ab, dass es für das Verständnis der Bedeutung des Ausdrucks „nötig“, sei es im Sinne einer Ermessensermächtigung (*zmocnění k uvážení*) oder als unbestimmter Rechtsbegriff, nicht davon abhängt, ob er in der Hypothese oder Disposition der Rechtsnorm untergebracht wird.<sup>595</sup>

### *(3) Abgrenzung des Ermessens*

Die Verortung der Unterbringung der Ermächtigung zu freiem Ermessen in der Rechtsnorm ist ein interessantes rechtstheoretisches Problem.<sup>596</sup> Für die praktische Tätigkeit der Verwaltungsorgane und Verwaltungsgerichte ist aber die Abgrenzung des Verhältnisses des unbestimmten Rechtsbegriffes und des freien Ermessens wichtiger, vor allem in der Hinsicht, ob zwischen beiden Identität vorliegt und ob sich der unbestimmte Rechtsbegriff auch als Mittel des freien Ermessens sehen lässt. Warum diese Frage gerade heute noch aktuell ist, ist offensichtlich, weil nach den gültigen Rechtsregeln von der Überprüfungskompetenz der Gerichte auf (freiem) – nunmehr (Verwaltungs-) - Ermessen des Verwaltungsorgans begründete Verwaltungsentscheidungen ausgeschlossen werden. Wenn unbestimmte Rechtsbegriffe vollständig dem Rechtsregime unterliegen sollten, das sich auf Verwaltungsentscheidungen mit freiem Ermessen bzw. Verwaltungsermessen bezieht, dann wären auch Entscheidungen, durch die Verwaltungsorgane eine Rechtsnorm mit einem

---

Rechtsfolgende, gewollte – nicht gewollte Unbestimmtheit, Beurteilungsspielraum – Ermessen, vgl. a. a. O., S. 117 ff.). Dies heißt nicht, dass rechtsdogmatisch keine Unterscheidung möglich erscheint (vgl. auch aus der österreichischen Literatur Antonioli/Koja, a. a. O.).

<sup>595</sup> Eine ausführliche Analyse dieser Problematik gibt Koch, H. J.: a. a. O., S. 102 ff.; vgl. auch die Ausführungen über Merkl und Engisch bei Sethy, A.: a. a. O., 1ff.

<sup>596</sup> So Bažil, Z.: a. a. O., S. 60.

unbestimmten Rechtsbegriff angewendet haben, gerichtlich unüberprüfbar. Folglich verblieben nicht nur die Werturteile der Verwaltungsorgane, sondern auch die Bestimmung der Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffes in der ausschließlichen, gerichtlich unüberprüfbaren Entscheidungstätigkeit der Verwaltungsorgane.<sup>597</sup> Damit würde in die - unbestritten progressive<sup>598</sup> - Rechtsregelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein beträchtlich retardierendes Element hineingetragen und würden so die in der Vergangenheit geäußerten Bemühungen nach einer autonomen Entscheidungssphäre der Verwaltung und einer gerichtlichen Unüberprüfbarkeit der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen enthaltenen Rechtsnormen beleben. Ein solcher Zustand wäre offenbar nicht zuletzt wegen der rechtsstaatlich gewollten Gesetzesbindung unerwünscht<sup>599</sup>.

Weil die Bemühungen nach einer Unterscheidung des freien Ermessens und unbestimmten Rechtsbegriffen, wie sie in der juristischen Fachliteratur zu verzeichnen sind, keine erschöpfende Lösungen gebracht haben<sup>600</sup>, bleibt diese Problematik immer aktuell.

Jedes Ermessen, sei irgendein angeschlossenes Adjektiv (frei, gebunden, technisch u. a.) (*volné, vázané, technické a. j.*) notwendig sein Kolorit oder wird es durch einen anderen Terminus (Werturteile) (*hodnotící úsudky*) ausgedrückt, ist eine vielgestaltbare, thematisch unabgrenzbare geistige Tätigkeit, deren Gegenstand alles sein kann, über das der Mensch zu gegebener Zeit nachdenkt.<sup>601</sup> Es ist die Tätigkeit eines bestimmten Subjekts, es ist Ausdruck seiner Persönlichkeit, es ist immer subjektiv. Daher verwendete Bernatzik zurecht den Ausspruch Otto von Sarweys<sup>602</sup>, dass ohne subjektives Ermessen es weder Gerichtsbarkeit noch Verwaltung gibt. Die Vorstellung vom richterlichen Automatismus, geboren in der Epoche des frühen Liberalismus, der die Ausübung der Gerichtsbarkeit als geistloses Kleben am Buchstaben des Gesetzes begriff, erwies sich lebensfremd und erlaubt nicht, alle Modalitäten des menschlichen Lebens zu erfassen, „sie musste daher gesetzlich gänzlich in

---

<sup>597</sup> Daher müssen sich Überlegungen zur entsprechenden rechtsdogmatischen Behandlung eines Ermessens bei unbestimmten Rechtsbegriffen auf den dem Verwaltungsermessen rechtstheoretisch entsprechenden Beurteilungsspielraum beziehen.

<sup>598</sup> So Bažil, a. a. O., S. 61 zur vormaligen Regelung der sog. zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit.

<sup>599</sup> Vgl. Bažil, a. a. O., S. 61.

<sup>600</sup> Z. B. wurde der Unterschied darin gesehen, dass die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes bei der Entscheidung des einzelnen konkreten Falles als Rechtsanwendung, der Gebrauch des freien Ermessens als auf eigener im Gesetz nicht explizit ausgedrückter Ermächtigung begründeter Rechtssetzung (*tvorba práva*) angesehen wurde. Ausführlicher zur deutschen Diskussion vgl. Hans Heinrich Rupp, a. a. O., S. 187-221; vgl. rechtstheoretisch zum Ganzen Sethy, A.: a. a. O.

<sup>601</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 61.

<sup>602</sup> Sarwey, Otto von: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Laupp Tübingen 1880; ders.: Allgemeines Verwaltungsrecht, Marquardsen's Handbuch d. öffentlichen Rechts, Mohr Freiburg i. B. 1887.

die Versenkung der Vergessenheit geraten.“<sup>603</sup> Das Recht muss mit dem Subjektivismus, einer sich auf bestimmte Weise in der Beurteilungs-, Feststellungs- und Entscheidungstätigkeit der Gerichte und Verwaltungsbeamten äußernden Freiheit (*volnost či svoboda*), rechnen, es kann aber nicht irgendwelche beliebigen Äußerungen zulassen, vor allem nicht solche, die zu weit bis zur Willkür (*libovůle*) ausgewachsen würden.

Das Ermessen des Verwaltungsorgans, als Ausdruck des durch das Recht tolerierten Subjektivismus, ist nicht uferlos, sondern wird durch die rechtliche Regelung limitiert, die seine Verwirklichung gerade bedingt. Von ihr hängt die Art der Urteilsfreiheit (*usuzovací volnost*) ab, welche es dem Verwaltungsorgan zuerkennt. In Rechtsnormen mit relativ genau definierten Tatsachenvoraussetzungen und Rechtsfolgen wird es sich anders verhalten als in Rechtsnormen, die entweder in ihrem hypothetischen Teil unbestimmte Rechtsbegriffe beinhalten oder in der Disposition die Kompetenz des Verwaltungsorgans durch Verwendung der Wörter „kann“ („*může*“), „darf“ („*smí*“)<sup>604</sup> oder alternative Lösungen einer Rechtsfolge regeln.

Das Kriterium, das ermöglicht, beide Arten der erwähnten Rechtsnormen zu unterscheiden und vor allem den Unterschied zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und freiem Ermessen definiert, ist nach *Bažil* der Inhalt des Ermessens des entscheidenden Subjekts, zu dem es bei der Anwendung dieser Normen kommt.<sup>605</sup>

Beispielhaft führt *Bažil* aus<sup>606</sup>: im Fall von Rechtsnormen mit einfacher inneren Struktur des Typs „wenn die tatsächlichen Bedingungen S1 und S2 und S3 erfüllt sind, kann das Verwaltungsorgan die Rechtsfolge N auferlegen“ und des Typs „wenn die tatsächlichen Bedingungen S1 und S2 und S3 erfüllt sind, erlegt das Verwaltungsorgan die Rechtsfolge N1 oder N2 oder N3 auf“ äußert sich die Ermessensfreiheit des Verwaltungsorgans in der Sphäre seiner Disposition mit der Rechtsfolge. Die Rechtsfolge ist durch die Rechtsnorm zwar relativ genau bestimmt, dem Verwaltungsorgan ist es aber erlaubt, zu beurteilen, ob es sie auferlegt oder nicht, wenn durch die Rechtsnorm nur eine Rechtsfolge bestimmt wird oder welche Rechtsfolge als für die entschiedene Sache geeignet angewandt wird, wenn die Rechtsnorm mehrere mögliche Rechtsfolgen bestimmt. Das Ermessen des Verwaltungsorgans ist also primär auf die Rechtsfolge und die Art ihres

---

<sup>603</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 61.

<sup>604</sup> Die in einer Rechtsnorm verwandten Verben „dürfen“ („*smět*“) und „können“ („*moci*“) pflegen nicht immer einheitlich verstanden zu werden. Einige gehen von ihrer natürlichen sprachlichen Bedeutung aus, indem sie die Möglichkeit alternativen Handelns äußern und keineswegs die Notwendigkeit, nur auf bestimmte Weise zu handeln; sie verwenden sie nicht für unbestimmte Rechtsbegriffe. Andere wieder verwenden diese Verben in ihrer positiven Form für Ermessen zugrundeliegende Begriffe (Ermessensbegriffe) dadurch, dass durch sie der Gesetzgeber im Einzelfall zwei oder mehrere verschiedene Lösungen zulässt (z. B. Peters, Hans: a. a. O., S. 92). Vgl. auch aus der österreichischen Literatur Sethy, A.: a. a. O., S. 52 ff.

<sup>605</sup> Bažil, a. a. O., S. 62.

<sup>606</sup> Bažil, a. a. O., S. 62 f.

Gebrauchs gerichtet. Welche Tatsachen die Grundlage für das Ermessen des Verwaltungsorgans über die Rechtsfolge sein sollen, bestimmt das Verwaltungsorgan selbst. Aber die Bestimmung dieser Tatsachen ist nur ein sekundärer Teil des Ermessens des Verwaltungsorgans. Sein primärer Teil, der auch den eigentlichen Gegenstand des freien Ermessens bildet und sein definierendes Merkmal, ist die Wahl der Art des Gebrauchs der Rechtsfolge.

Anders ist das bei Rechtsnormen mit einem unbestimmten Rechtsbegriff (*neurčité právní pojmy*) in der Hypothese. So z. B. wenn die Rechtsnorm bestimmt, dass „das Verwaltungsorgan den Sitz des Arztes in neuen Gebieten und den Sitzwechsel in bisherigen Gebieten mit Rücksicht auf das Interesse des Gesundheitsdienstes bestimmt“, dann ist es Aufgabe des Verwaltungsorgans festzustellen, was der Begriff „Interesse des Gesundheitsdienstes“ („*zájem zdravotní služby*“) alles abdeckt, wie es sich am gegebenen Ort äußert und ob im Hinblick darauf der Sitz des Arztes in der bisherigen Gemeinde belassen oder in einer neuen anderen Gemeinde wiedererrichtet werden soll. Oder wenn die Rechtsnorm dem Verwaltungsorgan auferlegt, „für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung Sorge zu tragen“ („*pečovat o udržení veřejného pořádku*“), dann kann das Verwaltungsorgan diese Sorge durch eine Maßnahme sicherstellen, die es als geeignet ansieht und welche zu gegebener Zeit und am gegebenen Ort zur „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung“ („*udržení veřejného pořádku*“) geeignet ist. In diesen Fällen muss das Verwaltungsorgan zuerst die Bedeutung des unbestimmten Rechtsbegriffes klären, wozu es die durch die Rechtswissenschaft herausgebildeten Interpretationsregeln anwendet und folglich so vorgeht, wie es bei der Interpretation anderer Rechtsbegriffe verfährt. Die zweite Phase des Ermessens (*uvážení*) des Verwaltungsorgans ist auf die Definition des Umfangs des unbestimmten Rechtsbegriffes und die Bestimmung des Gesichtspunkts gerichtet, nach dem es beurteilt, ob die Tatsachen des zu entscheidenden Falles dem geprüften unbestimmten Rechtsbegriff entsprechen. Der Gegenstand des Ermessens des Verwaltungsorgans ist also nicht die Disposition mit der Rechtsfolge. Diese ist durch die Rechtsnorm bestimmt. Das Ermessen des Verwaltungsorgans richtet sich primär auf die Bestimmung und Bewertung der Tatsachen des konkreten Falles in dem Gesichtspunkt, ob er sich in den vom Umfang des unbestimmten Rechtsbegriffes gebildeten Rahmen einordnen lässt.

Der Unterschied zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und freiem Ermessen besteht nach *Bažil* folglich darin, dass ein Ermessen bei diesen Begriffen sich auf den konkreten Tatbestand und seine Bewertung richtet, während das freie Ermessen an der Art des Gebrauchs der Rechtsfolge orientiert ist.<sup>607</sup> Das gemeinsame Merkmal beider Arten von Ermessen ist das in ihnen enthaltene Maß an Freiheit (*míra volnosti*). Dieses ist auch der Grund dafür, warum die unbestimmten Rechtsbegriffe als Mittel des freien Ermessens

---

<sup>607</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 63; vgl. dazu auch die Ausführungen der Judikatur.

(*prostředek volného uvážení*) begriffen zu werden pflegen. Nur so lässt sich auch erklären, warum auch das ehemalige NSS in einigen seiner Erkenntnisse (z. B. Boh. A 10706/33) die sich auf unbestimmte Rechtsbegriffe beziehenden Werturteile der Verwaltungsorgane die diskretionäre Gewalt der Verwaltungsbehörde (*diskretionální mocí správního úřadu*) nennt, obwohl es in anderen diese Urteile dem konkreten Tatbestand zuordnet und sie als seine Überprüfungscompetenz überschreitende Tatsachenfrage qualifiziert.<sup>608</sup>

#### ccc) Zusammenfassung

Die Problematik der unbestimmten Rechtsbegriffe und des freien Ermessens wurde von der Rechtslehre in verhältnismäßig weitem Umfang in Angriff genommen und wurde Gegenstand sehr zahlenmäßig starker, vor allem österreichischer und deutscher Literatur.<sup>609</sup>

*Bažil*<sup>610</sup> verweist darauf, dass einige neu durchgeführte Untersuchungen, die auf der semantischen Analyse der inneren Struktur unbestimmter Rechtsbegriffe aufbauen, den Weg weisen, auf den sich ihre weiteren Untersuchungen begeben sollten. Wenn die Untersuchung in ihrer Endphase Erkenntnisse und eine in der Praxis brauchbare methodische Anleitung bringen soll, sollte sie bereits *a priori* auf eine Materie gerichtet werden, die eine solche ihre Brauchbarkeit überhaupt gestattet. Daher lässt sich die Definition sowohl möglicher Bedeutungen wenigstens dieser unbestimmten Rechtsbegriffe, die in Rechtsvorschriften am häufigsten vorkommen, als auch der wertenden Gesichtspunkte, die sich auf diese Begriffe beziehen und ihren Gebrauch bei der Lösung konkreter Rechtsverhältnisse ermöglichen, als dem erwähnten Erfordernis entsprechender geeigneter Gegenstand ansehen. Dabei sollte es nicht nur um ihre bloße Summierung in der Form gehen, in welcher sie bei einzelnen Autoren der Rechtslehre und in der Judikatur der Verwaltungsgerichte vorkommen, sondern und vor allem um die Inangriffnahme der Gedankengänge, die zur Bestimmung dieser Bedeutungen und Gesichtspunkte führen. Eine auf diese Weise konzipierte Analyse könnte ein wertvolles Instrument der Verwaltungsorgane und Verwaltungsgerichte bei ihrer nicht leichten Aufgabe werden, welche die Anwendung von Rechtsnormen mit unbestimmten Rechtsbegriffen und die Überprüfung der Art ihrer Durchführung darstellt. Immer wieder tritt nämlich sowohl in der Rechtslehre als auch in der Judikatur der Verwaltungsgerichte, vor allem österreichischer und deutscher, die heterogene

---

<sup>608</sup> Deutlicher noch im Sinne einer rechtstheoretischen Definition des „Ermessens“ selbst als möglich auch bei unbestimmten Rechts- bzw. Gesetzesbegriffen durch die Auslegungsfrage im Einzelfall Sethy, A.: a. a. O., S. 50 f.

<sup>609</sup> Vgl. die bibliographischen Angaben zur österreichischen Literatur (Adamovich/Funk: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1987, S. 117 und Antonioli/Koja: Allgemeines im Verwaltungsverfahrenrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1990, S. 135-146) und zur deutschen Literatur (Mayer/Kopp: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985, S. 149 und Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1986, S. 115).

<sup>610</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 69.

Tendenz hervor, die ein bestimmtes Maß an Autonomie der Verwaltungsorgane bei der Anwendung dieser Begriffe anerkennt oder bestreitet, aber auch einen Mittelweg sucht, der ein differenziertes Vorgehen der Verwaltungsgerichte bei der Überprüfung von Akten der Verwaltungsorgane, durch die sie zur Anwendung solcher Begriffe auf den zu entscheidenden Sachverhalt kommt, ermöglicht.

Die Ausübung des freien Ermessens, d. h. des Verwaltungsermessens ist in der überwiegenden Mehrzahl der kontinentalen Rechtsregelungen den Verwaltungsgerichten entzogen. Diese können das Handeln der Verwaltungsorgane nur unter dem Gesichtspunkt des Unterlassens, Missbrauchs oder der Überschreitung des Verwaltungsermessens des ausübenden Verwaltungsorgans überprüfen.<sup>611</sup>

Die Verwaltungsrechtslehre unterscheidet nach *Bažil* zwei Arten von Fehlern, die die Verwaltungsorgane bei der Ausübung Verwaltungsermessens begehen können und die voneinander streng unterschieden werden müssen.<sup>612</sup>

Zum *ersten* von ihnen kommt es im Inneren des durch das Gesetz der Verwaltung zu Verwaltungsermessens überlassenen Raumes und macht das Handeln der Verwaltungsorgane „verwaltungswidrig“ („*protisprávně*“). Die „Verwaltungswidrigkeit“ („*protisprávnost*“) (das Vorgehen verstößt gegen den ordentlichen Gang der Verwaltung) begreift *Hans Peters*<sup>613</sup> einerseits als materiell, darunter versteht er die Unzweckmäßigkeit (*neúčelnost*) des Handelns des Verwaltungsorgans hinsichtlich der durch den Staat und seine höchsten Organe verfolgten Ziele, andererseits als formell, die er in der Nichtbeachtung einer Verwaltungsanweisung erblickt, die nicht durch allgemein verbindliche Rechtsvorschrift geäußert wird. In diese Gruppe gehören auf Verwaltungsermessens begründete Entscheidungen oder Maßnahmen von Verwaltungsorganen, die

a) gegen in der entschiedenen Sache durch ein übergeordnetes Verwaltungsorgan erlassene Anweisungen verstoßen oder sich nicht an *interne normative Akte* übergeordneter Verwaltungsorgane halten,

---

<sup>611</sup> Zur Systematisierung der deutschen Ermessensfehlerlehre vgl. Alexy, Robert: Ermessensfehler, JZ 1986, 701 ff.

<sup>612</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 69.

<sup>613</sup> Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin u. a. 1949, S. 11 ff.

b) nicht der Absicht und dem *Ziel des übergeordneten Verwaltungsorgans* entsprechen (z. B. das Verwaltungsorgan unterstützt aus dem Fonds, über es zu verfügen berechtigt ist, die Bauvollendung einer Einrichtung, deren Beseitigung das übergeordnete Verwaltungsorgan bereits beschlossen hat),

c) begründet werden mit anderen als Tatsachenmotive, sodass das Verwaltungsermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt wurde und seine *Begründung nicht wahrheitsgemäß* ist.

*Anderer* Art sind Fehler, die den durch das Gesetz für die Ausübung des Verwaltungsermessens gebildeten Rahmen überschreiten und die Gesetzeswidrigkeit (*nezákonnost*) der Entscheidung oder Maßnahme des Verwaltungsorgans zur Folge haben. Diese Fehler bestehen

a) im *Unterlassen* des dem Verwaltungsorgan durch Gesetz zuerkannten Verwaltungsermessens, jedoch legt das Verwaltungsorgan die einschlägige rechtliche Regelung fälschlich als für sich bindend aus (z. B. die Rechtsnorm bestimmt, dass Ausländern die Erteilung einer bestimmten Genehmigung verweigert werden „darf“ („*smt*“). Das Verwaltungsorgan begründet seine dann negative Entscheidung damit, dass die Genehmigung verweigert werden „musste“ („*muselo*“), denn der Antragsteller ist Ausländer),

b) in der *Überschreitung* des Verwaltungsermessens, wenn das Verwaltungsorgan nach Verwaltungsermessen entschied, obwohl es ihm nicht zusteht und umgekehrt bei seiner Entscheidung rechtlich gebunden war,

c) im *Missbrauch* des Verwaltungsermessens, wenn das Verwaltungsorgan das Verwaltungsermessen zur Durchsetzung verbotener Zwecke ausnutzt (z. B. es erlässt dem Antragsteller gegenüber nur deshalb keine Genehmigung, weil zwischen dem entscheidenden Verwaltungsbeamten und dem Antragsteller eine feindselige Beziehung vorliegt).

Es ist also den Organen der Verwaltung das Feld überlassen, auf dem nur sie selbst die Richtigkeitskontrolle (*kontrola správnosti*) des Gebrauchs des Verwaltungsermessens ausüben können. Daraus resultiert in der Rechtslehre und bei Erwägungen *de lege ferenda* das sich auf die konsequente Durchsetzung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit (*princip zákonnosti*) berufende Erfordernis, der Verwaltung den Raum (*prostor*) für ihr Ermessen durch das Gesetz so weit wie möglich zu begrenzen oder sogar seine Kontrolle in ganzem Umfang den Verwaltungsgerichten

übertragen. Damit würden die Verwaltungsgerichte auch mit Fragen der technischen Zweckmäßigkeit belastet<sup>614</sup>, bei deren Lösung ihnen auch nicht sachverständige Urteile behilflich sein könnten, denn es ginge nicht um die Frage bloß fachlicher Erwägungen, die Verwaltungsgerichte würden so eine weitere Überprüfungsinstanz staatlicher Verwaltung und die Gewaltenteilung im Staat wäre so stark verletzt.

„Die auf dem kassatorischen Prinzip begründete rechtliche Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die nur die Aufhebung einer gesetzeswidrigen Verwaltungsentscheidung ermöglicht, eliminiert die gefährliche Verlegung des Ermessens über die Vereinbarkeit von Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit in die gerichtliche Praxis.“<sup>615</sup>

Auf die von *Bažil* vorgeschlagene „Systematisierung“<sup>616</sup> von Ermessensfehler ist bei der Untersuchung der Begrenzung des Verwaltungsermessens noch zurückzukommen.

Die obigen Ausführungen legen nur den rechtstheoretischen Grundstein zum Verständnis der Problematik der unbestimmten Rechtsbegriffe und des freien Ermessens bzw. Verwaltungsermessens, um nunmehr ihre Bedeutung für die heutige Literatur und Praxis zu untersuchen.

#### e) Bedeutung für die heutige Literatur und Praxis

Nach der Literatur geht es auch bei den unbestimmten Begriffen um ein Mittel, einen wirkungsvollen und fachlichen Vollzug der öffentlichen Verwaltung zu ermöglichen.<sup>617</sup> Oftmals beruft man sich auf die ältere tschechische Verwaltungsrechtsliteratur, z. B. *Hoetzel*, der bereits konstatierte:

„Das Gesetz verzichtet nicht auf elastische Begriffe, weil es sonst die Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse nicht bewältigen würde.“<sup>618</sup>

Auch Emil Hácha hielt die unbestimmten Rechtsbegriffe für

---

<sup>614</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 71.

<sup>615</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 71.

<sup>616</sup> Die vorgenommene Einteilung hat zum Teil auch eher aufzählenden Charakter.

<sup>617</sup> So bspw. Vopálka, Vladimír in: Hendrych, a. a. O., S. 58.

<sup>618</sup> Vgl. Hoetzel, Jiří: Stichwort „Zájmy veřejné“ („öffentliche Interessen“) in: Slovník veřejného práva československého (Lexikon des tschechoslowakischen öffentlichen Rechts), díl V (Band V), Brno 1948, S. 577.



„notwendige Ausdrucksmittel der Gesetzgebungstechnik, die die Kasuistik der abstrakten Norm nicht bis ins Äußerste treiben will.“<sup>619</sup>

Nach *Skulová* lassen sich dabei verschiedene Abstraktionsstufen unterscheiden, wobei die Grenze zwischen ihnen keineswegs trennscharf, sondern fließend ist. Dies soll auch entsprechend für den Bereich des Verwaltungsermessens gelten.<sup>620</sup>

Die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe (*tzv. neurčité právní pojmy*) sind danach in Rechtsnormen verwandte Wortausdrücke, ohne dass ihr Umfang und/oder Inhalt durch das Recht genau begrenzt wäre.<sup>621</sup>

*Dušan Hendrych* definiert sie als Begriffe, deren Inhalt in genauer Erscheinung zu begrenzen und hinlänglich rechtlich zu definieren unmöglich ist. Der Gesetzgeber schafft der öffentlichen Verwaltung Raum, um einzuschätzen, ob die konkrete Situation vom Umfang des unbestimmten Rechtsbegriffes umfasst ist, achtet zugleich aber darauf, dass in den Gesetzen irgendwelche charakteristischen Merkmale des unbestimmten Rechtsbegriffes angeführt werden.<sup>622</sup>

Gleichzeitig bestimmt die Rechtsvorschrift für das Verwaltungsorgan nicht, welche Tatsachen es feststellen soll, um diesem Begriff zu entsprechen. Das steht nach *Skulová* im Ermessen des Verwaltungsorgans<sup>623</sup>, d. h., dass das Verwaltungsorgan die festgestellten Tatsachen so zu beurteilen hat, dass die den Inhalt seiner Entscheidung bildende daraus resultierende Lösung im Hinblick auf den entschiedenen Fall optimal ist.<sup>624</sup> Insoweit bringt das Verwaltungsorgan in dem ihm durch das Gesetz gegebenen Raum seine wertenden Schlussfolgerungen zur Geltung.

Wie bereits gezeigt bewertete das Oberste Verwaltungsgericht der Ersten Republik diese Schlussfolgerungen als Tatsachenfragen, die sich seiner Überprüfung entziehen.<sup>625</sup>

---

<sup>619</sup> Hácha, Emil: Stichwort „Nejvyšší správní soud“ in: *Slovník veřejného práva československého* (Lexikon des tschechoslowakischen öffentlichen Rechts), díl II (Band II), Polygrafia Brno 1932, S. 843. Hácha bemerkt, dass Richtschnur (*vodítka*) dabei oftmals der eigene Kompetenzbereich der Verwaltungsbehörde und der offenkundige Zweck des Gesetzes sind. Er ergänzt, dass diese Suche letztlich auch für die Verwaltungsauslegung von Normen mit Verwaltungsermessens ist.

<sup>620</sup> Vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S.

<sup>621</sup> Als Beispiel werden immer wieder die auch im deutschen Verwaltungsrecht bekannten, oben bereits erwähnten Ausdrücke „*veřejný zájem*“ („öffentliches Interesse“), „*veřejný pořádek*“ („öffentliche Ordnung“) u. ä. herangezogen.

<sup>622</sup> Vgl. *Hendrych, Dušan a kol.* (u. a.): Stichwort „*Neurčité pojmy*“ („Unbestimmte Begriffe“) in: *Právníký slovník* (Rechtswörterbuch), C. H. Beck Praha 2001, S. 421; vgl. auch oben.

<sup>623</sup> So *Skulová*, S.: a. a. O., S. 20 unter Berufung auf *Bažil* (dazu siehe oben).

<sup>624</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 20.

<sup>625</sup> Vgl. die obigen Nachweise bei *Bažil*, Z.: a. a. O., S. 52: über die Beschränkung auf wesentliche Verfahrensfehler und die Begründungspflicht (Boh. adm. 3278/24, 8923/30, 11884/35) (*Bohuslavova sbírka náleží Nejvyššího správního soudu ve věcech administrativních* (1918-1949), z. B. Nr. 3278, Jahrgang 24 (Jos.

Die Unsicherheit der unbestimmten Rechtsbegriffe zu entschärfen, versucht der heutige Gesetzgeber durch nähere Konkretisierung der Rechtsnormen oder ihre Merkmale durch beispielhafte Aufzählungen oder ähnliche Begriffsskizzierungen, allgemein oder für bestimmte Fälle oder Tätigkeitsbereiche.<sup>626</sup>

Zur Verringerung dieser Unschärfe trägt auch und vor allem – wie oben gezeigt – die Tätigkeit der Gerichte bei, einerseits im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei der Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der erlassenen Entscheidungen, andererseits auch im Rahmen der Überprüfung durch das Verfassungsgericht. Insoweit kann aber freilich die Unsicherheit der unbestimmten Rechtsbegriffe nicht vollständig beseitigt werden. Es kann aber nach *Michal Mazanec* nur um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Subsumtion des bestimmten konkreten Falles gehen, der noch in den Bedeutungs- und Inhaltsbereich des unbestimmten Rechtsbegriffes miteinzubeziehen war.<sup>627</sup>

Der Unterschied zwischen den unbestimmten Rechtsbegriffen und dem Verwaltungsermessen ist danach darin zu sehen – insoweit wird auf die Monographie von *Zdeněk Bažil* zurückgegriffen, dass sich bei Ersteren das Ermessen über ihre Bedeutung und ihren Umfang auf den konkreten Tatbestand und ihre Beurteilung konzentriert, bei denen die Rechtsfolge dieser Beurteilung aber durch die Rechtsnorm bestimmt wird, während das freie Ermessen bzw. Verwaltungsermessen an der Art des Gebrauchs der Rechtsfolge orientiert ist. Gemeinsames Merkmal bei beiden „Ermessensarten“ („*druhů uvážení*“)<sup>628</sup> ist wohl ein in ihnen enthaltenes Maß an Freiheit.<sup>629</sup>

*Skulová* sieht als „gemeinsames Merkmal beider Begriffe“ die spezifische Beziehung zur Rechtsnorm, durch die ein in Richtung Wirklichkeit geöffneter und gewährter Raum (*prostor*) für die Geltendmachung eigener Erwägungen (*úvahy*) und Zugänge (*přístupy*) geschaffen wird. Der Unterschied ist im Verhältnis zum Entscheidungsprozess zu suchen. Die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffes tritt gewöhnlich in den dem Entscheidungserlass vorangehenden Stadien in Erscheinung, bei der Bestimmung der Entscheidungssituation und bei positivem Ergebnis der Auswertung der Situation in der Subsumtion unter die

---

V. Bohuslav: Slg. der Erkenntnisse des Obersten Verwaltungsgerichts in Verwaltungsachen, Nr. 3278, Jahrgang 24)).

<sup>626</sup> Es besteht auch die Möglichkeit, für die Präzisierung Ausführungsvorschriften zu erlassen (siehe oben bei der Untersuchung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung).

<sup>627</sup> Vgl. Mazanec, Michal: Neurčité právní pojmy, volné správní uvážení, volné hodnocení důkazů a správní soud (*Die unbestimmten Rechtsbegriffe, das freie Verwaltungsermessen, die freie Beweiswürdigung und das Verwaltungsgericht*), Bulletin advokacie 4/2000, S. 8.

<sup>628</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 22 spricht von „Arten“ des Ermessens, rechtsdogmatisch ist dies insoweit korrekter als die Bezeichnung „Erscheinungsformen“ des Ermessens.

<sup>629</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 63.

einschlägige Rechtsnorm, während das freie Ermessen mehr in Beziehung zur eigentlichen Entscheidung, also im sog. Entscheidungsstadium, geltend gemacht wird, dessen Grundlage (Inhalt) es bildet und dessen Raum es definiert.<sup>630</sup>

Manchmal werden in der neueren tschechischen Literatur die beiden Begrifflichkeiten auch als sog. „andere“ Ermessensform bezeichnet oder unter dem Begriff des freien Ermessens zusammengefasst.<sup>631</sup>

Nach Skulová fallen die unbestimmten Rechtsbegriffe weder unter den Begriff des Verwaltungsermessens noch - unter Verweis auf Hoetzel<sup>632</sup> - unter den des sog. freien Ermessens. Es geht allenfalls um ein „Ermessen“ („uvážování“) des Begriffsumfangs und – inhalts, nicht in Bezug auf die Bestimmung, d. h. auf die Wahl des Inhalts einer eigenen Entscheidung, durch die der Begriff angewendet werden soll.<sup>633</sup>

Die unbestimmten Rechtsbegriffe können im Tatbestand und der Rechtsfolgenanordnung vorkommen. Die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs in der Sanktion betrachtet Skulová vor dem Hintergrund rechtsstaatlich gebotener Rechtssicherheit (*právní jistota*) aber als problematisch.<sup>634</sup>

Es ist allerdings nicht auszuschließen, dass eine Rechtsnorm einen unbestimmten Rechtsbegriff verwendet, in der auch gleichzeitig Raum für Verwaltungsermessens zugrunde gelegt wird.

---

<sup>630</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 22. Daraus ergibt sich eigentlich noch kein wesensmäßiger Unterschied im Begriff des Ermessens, da diese Differenzierung auch auf verschiedene Erscheinungsformen des Ermessens zutreffen kann. Skulová kommt allerdings unter Anknüpfung an der These von nur einer einzigen richtigen Lösung bei unbestimmten Rechtsbegriffen zu einer rechtsdogmatischen Wesensverschiedenheit; zu den Phasen und Stadien des Entscheidungsprozesses vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 158 f.

<sup>631</sup> So auch Průcha, Petr: Správní právo. Obecná část (*Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil*), Masarykova univerzita Brno 2001, S. 77, der aber in: Průcha, Petr: Základní pojmy a instituty správního práva (*Grundlegende Begriffe und Institute des Verwaltungsrechts*), Masarykova univerzita Brno 1998 noch einen eindeutigen wesentlichen Unterschied feststellt.

<sup>632</sup> Hoetzel, Jiří: Stichwort „Volné uvážení“ („freies Ermessen“) in: Slovník veřejného práva československého (Lexikon des tschechoslowakischen öffentlichen Rechts), Band V, Brno 1948, S. 346.

<sup>633</sup> Skulová verweist hinsichtlich unbestimmter Rechtsbegriffe auch auf eine andere legislative Technik als beim Verwaltungsermessens. Hinsichtlich ersterer beruft sie sich auf Bažil, Z.: a. a. O., S. 26 ff, der u. A. eine Klassifikation der unbestimmten Rechtsbegriffe – die obiger Einteilung Pate stand - erarbeitete; Die erste Gruppe repräsentiert normative Wertbegriffe (z. B. „dobrá víra“ – „guter Glaube“ in § 62 Abs. 3 Gesetz Nr. 71/1967 Slg., Verwaltungsordnung in der damals gültigen Fassung). Eine zweite Gruppe steht für deskriptive und empirische Begriffe (vgl. „bezúhonnost“ – „Unbescholtenheit“ in § 6 Abs. 2 Gesetz Nr. 455/1991 Slg., Gewerbegesetz in der damals gültigen Fassung). Die dritte Gruppe bezeichnet Typenbegriffe. Nach Meinung von Skulová, a. a. O., S. 24 dürften mit dieser Gruppe die größten Probleme verbunden sein. Eine vierte Gruppe stellen die dispositiven oder prognostischen Begriffe dar (vgl. insgesamt oben).

<sup>634</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 24. Zur Ermessensproblematik bei Verwaltungsdelikten siehe unten.

Als Beispiel kann § 47 des Gesetzes Nr. 200/1990 Slg., über Verwaltungsübertretungen genannt werden, in dessen Abs. 1 einige Tatbestände durch unbestimmte Rechtsbegriffe (z. B. Verletzung der Nachtruhe (*porušenie nočného klidu*)) bestimmt sind, bei dem die Sanktion aber aufgrund von freiem Ermessen des Verwaltungsorgans in den in Abs. 2 bestimmten Grenzen bestimmt wird (vgl. auch § 12 Abs. 1 des genannten Gesetzes).<sup>635</sup>

Grundlegend für das einen rechtsdogmatischen Unterschied sehende Begriffsverständnis von *Skulová* sind dabei folgende Ausführungen<sup>636</sup>: Aus dem Wesen des Ermessens folgt, dass alle möglichen Entscheidungen gesetzmäßig sind, da es gerade das Wesen des Verwaltungsermessens ausmacht, dass der Entscheidungsinhalt nicht im Vornherein festgelegt und es mehrere zulässige Entscheidungsmöglichkeiten gibt. Insoweit verhält es sich – wie das für andere Autoren<sup>637</sup> zutreffen mag - bei *Skulová* nicht mehr so, wie dies in der österreichischen verwaltungsrechtlichen Literatur<sup>638</sup> gesehen wird, die ebenfalls einen rechtsdogmatischen, ausdrücklich aber keineswegs einen rechtstheoretischen Unterschied annimmt: zwar müssen gewisse Bedingungen erfüllt werden, wie z.B. der Ausschluss von Willkür, genauso wie das Gesetz die verfassungsmäßigen Anforderungen erfüllen muss und das Ermessen im Sinne des Gesetzes ausgeübt werden muss.

„Dagegen sind beim unbestimmten Rechtsbegriff mehrere Entscheidungsmöglichkeiten der Behörde nicht möglich, denn die Behörde hat diesbezüglich kein Ermessen, sondern nur einen gewissen Raum bei der Feststellung der konkreten Lösung.“<sup>639</sup>

Dieser rechtsdogmatischen Konzeption liegt nach *Skulová* eine der beiden konkurrierenden Theorien zugrunde, wie sie oben bereits rechtstheoretisch untersucht wurden. Wenn es eine einzige rechtmäßige und gesetzmäßige Lösung gibt wie bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes für den konkreten Fall, dann ist jede andere Lösung gesetzwidrig. Daraus wird geschlossen, dass die Auslegung der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt.<sup>640</sup>

---

<sup>635</sup> Vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S. 24 Fn 34.

<sup>636</sup> Vgl. a. a. O., S. 25.

<sup>637</sup> Z. B. Mazanec, Michal: a. a. O. etc.

<sup>638</sup> Vgl. Antonioli, Walter/Koja, Friedrich: Allgemeines Verwaltungsrecht, Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, 2. völlig neu bearbeitete Auflage, Mänzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1986, S. 241; einen systematischen Überblick geben Adamovich, Ludwig K./ Funk, Bernd-Christian: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Wien/New York 1984, S. 114 ff.

<sup>639</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 25.

<sup>640</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 25 verweist dabei auf die österreichische Rechtsprechung (Fn. 36).

Die Autorin verweist zwar auf *Bažil*, den sie als Vertreter der entgegengesetzten Auffassung ansieht, die auf das Werturteil (*hodnotící úsudek*) des Verwaltungsorgans und den Bereich einer eigenen nicht überprüfbaren Beurteilung abzielt, und der dabei – wie in den obigen Ausführungen gezeigt – zu dem Schluss kommt, dass keine der angeführten Theorien die rechtsanwendende Tätigkeit der Verwaltungsorgane und die Kontrolltätigkeit der Verwaltungsgerichte so beeinflussen kann, dass eine oder sogar beide ausscheiden müssten.<sup>641</sup>

*Skulová* setzt sich aber nicht weiter rechtstheoretisch mit diesem Theorienstreit auseinander. Sie deutet vielmehr auf die Sichtweise, die in der Entwicklung der deutschen Judikatur dokumentiert ist und die zur Notwendigkeit einer weiteren Ausdifferenzierung bei den unbestimmten Rechtsbegriffen gelangt und dementsprechend der Verwaltung einen eigenen Beurteilungsspielraum (*vlastní hodnotící prostor*) zugesteht.<sup>642</sup>

Nach der Autorin scheint in die Richtung der Auffassung von *Bažil* auch die bisherige Praxis der tschechischen Verwaltungsgerichtsbarkeit hinzudeuten, die ihrer Meinung nach nicht den spezifischen Charakter unbestimmter Rechtsbegriffe, und zwar im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit von Entscheidungen aufgrund freien Ermessens anhand gefestigter Überprüfungskriterien<sup>643</sup>, hervorhob. Sie ergänzt, dass es in der sog. zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit auch Fälle gab, in denen die Angelegenheit vom Gericht als Überprüfung des Verwaltungsermessens bezeichnet wurde, auch wenn es um die Überprüfung des Gebrauchs eines unbestimmten Rechtsbegriffs ging.<sup>644</sup>

„Mit Rücksicht auf die Tradition wäre in einem solchen Fall der Gebrauch der Bezeichnung „Überprüfung des freien Ermessens“ (*„přezkum volné úvahy“*) als weiter Begriff akzeptabel.“<sup>645</sup>

---

<sup>641</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 33 ff.

<sup>642</sup> Skulová, S.: a. a. O. spricht davon, dass auch die gegenwärtige Praxis der Verwaltungsgerichtsbarkeit in diese Richtung geht (vgl. obiges Urteil des NSS zur Übertragung der Überprüfungsgrundsätze des Verwaltungsermessens auf einen unbestimmten Rechtsbegriff).

<sup>643</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 26 verweist dabei auf die bereits untersuchte Rechtsprechung des ehemaligen NSS (vgl. Boh. A 3278/24, 8923/30, 11884/35).

<sup>644</sup> Vgl. das bereits erwähnte Urteil des Prager Obergerichts Gz. 6 A 129/93-20, in dem es um den Begriff der Unbescholtenheit (bezužhonost) ging als allgemeine Voraussetzung für den Betrieb eines Gewerbes: „Die Beurteilung, ob der Antragsteller unbescholten ist [...] ist Sache des Verwaltungsermessens, das Gericht prüft hier nur, ob das Verwaltungsorgan sich vollständig auf die Beweismittel konzentriert hat, anhand derer sich die Einhaltung der Voraussetzungen beurteilen lässt, ob die Beweise in gesetzmäßiger Weise hergestellt wurden und ob die Entscheidung über diese Frage nicht die Grenzen und die durch das Gesetz bestimmten Gesichtspunkte überschritten wurden.“ (Mazanec, Michal: Soudní judikatura ve věcech správních 1993-1997 (*Die Rechtsprechung der Gerichte in Verwaltungssachen 1993-1997*), Linde Praha 1999, Nr. 128, S. 359-362).

<sup>645</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 26.

Ein solches Begriffsverständnis entspricht nach *Skulová* der Definition der unbestimmten Rechtsbegriffe als eine spezifische Art des Ermessens (*specifický druh uvážení*), nämlich über den konkreten Tatbestand und dessen Bewertung.<sup>646</sup>

*Skulová* gibt also keine rechtstheoretische Begründung für einen wesentlichen Unterschied zwischen Verwaltungsermessen mit entscheidungsbezogener Wahlmöglichkeit und unbestimmten Rechtsbegriffen mit einer einzig richtigen Lösung, sondern deutet ihr Begriffsverständnis zutreffend im Sinne eines rechtsdogmatischen Wesensunterschieds aus, wie die Begrifflichkeiten vor dem Hintergrund der gegenwärtigen gesetzlichen Überprüfungsbeschränkung des Verwaltungsermessens<sup>647</sup> und im Kontext verfassungsrechtlicher Vorgaben zum Schutz der öffentlichen subjektiven Rechte des Einzelnen zu sehen sind.

Vor dem Hintergrund, dass insbesondere die Geltendmachung von Grundrechten und Grundfreiheiten im Rahmen der betreffenden Gesetze (z. B. die Ausübung der Unternehmerfreiheit im Rahmen des Gewerbegesetzes) verfassungsrechtlich garantiert ist, ist die klassische rechtstheoretische Haltung des Ermessensverständnisses als Rest einer subjektiv-wertenden Komponente, als autonome Willensentscheidung des Verwaltungsorgans bei der Tatbestandserfüllung mit unbestimmten Rechtsbegriffen nicht haltbar, da das, was objektiv verfassungsrechtlich gewährleistet ist, der subjektiven Determination überantwortet, darüber hinaus – vor dem Hintergrund der geltenden gesetzlichen Regelungen – der gerichtlichen Überprüfung entzogen werden würde und sich folglich schwer zu bewältigende verfassungsrechtliche Probleme ergeben würden. Außerdem würde nach der klassischen rechtstheoretischen Auffassung als Ausgangspunkt durch das entstehende Zirkelproblem die Ermessensproblematik ebenfalls auf die Begrenzungsthematik des Ermessens verschoben.

Es findet sich aber immer wieder auch in der neueren Rechtssprechung der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit eine begriffliche Differenzierung – wenn auch gelegentlich nur z. B. in verfassungsgerichtlichen Minderheitsvoten - und ausnahmsweise sogar eine Übertragung der Grundsätze der beschränkten Überprüfbarkeit auf unbestimmte Rechtsbegriffe. Hinsichtlich des obigen rechtstheoretischen Einwands, dass dadurch entstehende Beurteilungsspielräume der Natur oder Struktur nach sich nicht von einem im

---

<sup>646</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 26 verweist auf Mazanec, Michal: *Správní soudnictví (Verwaltungsgerichtsbarkeit)*, Linde Praha 1996, S. 90, dem sie wohl ein derartiges Begriffsverständnis zuschreibt.

<sup>647</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 56 Fn. 70 äußert allerdings selbst Bedenken, ob die vertretene rechtsdogmatische Unterscheidung wegen des durchaus diskutablen Wortlauts der geltenden (an die Vorgängerregelung angelehnten) Regelung des § 78 VwPO vollständig von der Rechtsprechung anerkannt werden wird.

Einzelfall bei dem jeweiligen unbestimmten Rechtsbegriff auftretenden Ermessen unterscheiden kann, bleibt abzuwarten, ob dieses ausnahmsweise Zugeständnis einer gerichtlichen Überprüfungsfreiheit nicht noch eine größere Kasuistik nach sich zieht.

Ausgehend von der neuen rechtsdogmatischen Auffassung kann zusammengefasst werden, dass dem Verwaltungsermessen und den sog. unbestimmten Rechtsbegriffen ein gewisser, vom Gesetz zugestandener Freiraum gemein ist, auch wenn damit jeweils ein anderer Zweck beabsichtigt und daran anknüpfend unterschiedliche Anforderungen gestellt werden und daher eine Wesensverschiedenheit anzunehmen ist.<sup>648</sup>

Infolgedessen kann eine Grunddefinition des Verwaltungsermessens als durch das Recht begründeter Raum für die Wahl eines bestimmten entscheidungsbezogenen Verfahrens gegeben werden.

Im Ergebnis ist ein solches rechtsdogmatisch begriffenes Rechtsfolgeermessen dann zwingend als Gegensatz zur Rechtsanwendung zu verstehen, wie dies auch in der deutschen Literatur gesehen wird.<sup>649</sup>

Verwaltungsermessen kann vor dem Hintergrund einer nur relativen Ungebundenheit lediglich insoweit als Frage der konkretisierenden Rechtsanwendung gesehen werden, wie dieses Ermessen pflichtgemäß sein muss im Sinne einer Rechtspflicht.<sup>650</sup>

---

<sup>648</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 26 f.

<sup>649</sup> Die in der deutschen Literatur (Rode, L.: a. a. O., S. 67-69; S. 67-69) vertretene Zwitternatur des Ermessens als Unterschied zum unbestimmten Rechtsbegriff ist ungenau (vgl. Rupp, H.-J.: a. a. O., S. 206 unten, 207 (auch Fn. 339, 340), auf die Identität des Problems mit der Problematik des unbestimmten Rechtsbegriffs und des richterlichen Ermessens verweisend), da eigentlich auch auf diesen zutreffend. Es ergibt sich vielmehr eine Problemverlagerung von der Kontrollproblematik (nicht nur Verwaltungs-, sondern auch Abwägungskontrolle) in die Rechtstheorie. Dagegen wendet sich die sog. Wiener Schule der Rechtstheorie (Kelsen-Festschrift, a. a. O., S. 1 ff.), deren Richtung auch Merkl (vgl. auch die Darstellung in der neueren österreichischen Literatur bei Antonioli, W./Koja, F.: a. a. O., S. 236 ff. (Konkretisierungsermessen=Ermessen im rechtstheoretischen Sinn; Verwaltungsermessen im spezifischen Sinn=Ermessen im technischen Sinn)) zuzuordnen ist. Nach Rupp, H.-J.: a. a. O., S. 182 ff. zeigt sich also als einzig noch mögliches Verständnis: zwar Gesetzesanwendung, aber kein rechtstheoretischer Unterschied, allenfalls verfassungsrechtlicher Unterschied wie bei Antonioli und Koch, vgl. dazu auch Paches Abwägungslehre); vgl. auch die Lehre von Ringhofer und Walter, Antonioli, W./Koja, F.: a. a. O., S. 247: allenfalls dogmatische Unterscheidung (Art 130 öst. BV), nicht theoretische.

<sup>650</sup> Natürlich bleiben die rechtstheoretischen Einwände gegen ein solches ermessensdogmatisches Begriffsverständnis. Zum Ganzen für die deutsche Diskussion vgl. Rupp, H.-J.: a. a. O., S. 211, der die negative Determinierung als widersprüchlich ansieht und alle rechtstheoretischen Einwände vorbringt. Es bedarf aber insoweit auch nicht der Lösung des Theorienstreits. Hintergrund ist vielmehr ein Kompetenzkonflikt der Gewalten (vgl. schon Sarwey, O.: a. a. O., S. 171; vgl. auch entsprechend beim Generalklauselproblem). Ergänzend ist hinzuweisen auch auf die verfassungsrechtsdogmatische Verortung: sog. Gesetzanwendungstheorie (dagegen Ehmke, H.: a. a. O., S. 30, der selbst aber keine Alternativerklärung bringt, vgl. Rupp, H.-J.: a. a. O., S. 208) – Gewaltentrennungstheorie (vgl. Schmidt-Salzer, J.: a. a. O., S. 7 ff.); in Tschechien scheint dies eher unproblematisch bzw. unproblematisiert, da auch nach tschechischer Verfassung

Im Folgenden soll dieser rechtsdogmatische Ausgangspunkt dem Begriffsverständnis vom Verwaltungsermessen zugrunde gelegt und gezeigt werden, dass es den gegenwärtigen gesetzlichen Regelungen und auch einer zumindest teilweise geübten Rechtspraxis in der Rechtsprechung entspricht.

Der Schwerpunkt der Problematik verlagert sich dann darauf, welchen Grenzen das Verwaltungsermessen unterliegen kann, d. h. wie es pflichtgemäß auszuüben.

#### f) Fragestellungen und Problembereiche

Die Problematik des Verwaltungsermessens wird wegen der Tatsache seiner Pflichtgemäßheit in der tschechischen Literatur und Rechtsprechung deshalb nicht in der Bezeichnung dieser Erscheinung selbst - die eigentlich kein freies Ermessen darstellt, wie dies eine seiner Benennungsvarianten andeutet<sup>651</sup> - gesehen, sondern in dem Raum (*prostor*), in dem es geltend gemacht werden soll, der durch die Grundlagen und Anforderungen des modernen Rechtsstaats gestaltet wird.

Dieser Raum für sog. (freies) Ermessen ruft die grundsätzliche Frage hervor, wie in einem Rechtsstaat gesichert werden kann, wenn die öffentliche Verwaltung als Repräsentant der vollziehenden Gewalt an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit<sup>652</sup> gebunden ist, dass einerseits Einklang herrscht zwischen den elastischen Grenzen und der relativ frei bestimmten inhaltlichen Seite des Vollzugs der öffentlichen Verwaltung, die durch den Gesetzgeber geschaffen bzw. in der Form des Verwaltungsermessens bestimmt werden, und dem Bereich der öffentlichen subjektiven Rechte des Einzelnen, des Adressaten der Ausübung der Ermessensermächtigung, und in diesem Bereich besonders durch den verfassungsmäßigen Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, in die aufgrund des Ermessens eingegriffen werden soll, und andererseits auch den weiteren Forderungen nach einer Entscheidungsqualität, die den Prinzipien des Rechtsstaats gerecht wird.

---

jede Rechtsanwendung gebunden ist, also ein verfassungsrechtliches Strukturmodell der Gewaltenhemmung vorliegt (vgl. auch die Ausstrahlungswirkung des tschechischen Verfassungsgerichts; verfassungsrechtliche Anhaltspunkte finden sich in Art. 36 I der Charta).

<sup>651</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 17.

<sup>652</sup> Vgl. einführend zur Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Sládeček, Vladimír: *Obecné správní právo* (Allgemeines Verwaltungsrecht), ASPI 2004, S. 25 f.



Diese Fragestellung berührt auch nach *Skulová* den Kern der Problematik des Verwaltungsermessens, sei es auf der Ebene seiner gesetzlichen Begründung (der Normbildung<sup>653</sup>) oder auf der Ebene seiner folgenden Anwendung (der Auslegung und Rechtsanwendung<sup>654</sup>), einschließlich der Kontrolle seines Gebrauchs.

Die historischen Ausführungen haben gezeigt, dass die Entwicklung des Verwaltungsermessens mit den Anfängen des modernen Rechtsstaats verbunden ist, da es um das Einlösen der verfassungsmäßigen Anforderungen der Gebundenheit der öffentlichen Gewalt und somit um eine der grundlegendsten Fragen in dem Bereich seiner Durchsetzung überhaupt geht.<sup>655</sup>

Der angedeutete Fragenkomplex verlangt nach einer konkreten Lösung, also ob, wie viel und welcher inhaltlich strukturierte Raum von Seiten des Gesetzgebers der öffentlichen Verwaltung bzw. den einzelnen Teilen als Repräsentanten der vollziehenden Gewalt übertragen wird, darüber hinaus auf welche Weise und in welcher Qualität dieser sich durch eine relative Freiheit auszeichnende Teil der öffentlichen Gewalt durch die öffentliche Verwaltung gebraucht werden soll, sowie auch nicht zuletzt einer Lösung des Problems, ob, in welchem Umfang und nach welchen Gesichtspunkten dieser Vollzug durch die richterliche Gewalt kontrolliert werden soll.

Eine Antwort auf die angeführten zu lösenden Probleme bzw. die richtige Lösung auf die gestellten, mit der Grundlegung, Interpretation und Anwendung der das Verwaltungsermessens beinhaltenden Normen zusammenhängenden Fragen sollte schon deshalb gefunden werden, weil sonst die in einem Rechtsstaat unzulässige Situation der Rechtsunsicherheit des Einzelnen und der Unvorhersehbarkeit der Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung eintritt, und damit einige grundlegende Werte und Prinzipien des Rechtsstaats insbesondere dadurch verletzt werden, dass der in Frage stehende Raum der Willkür (*libovůle*) der öffentlichen Gewalt preisgegeben wird.

### **3. Wesenszüge und Begriffszusammenhänge des Verwaltungsermessens**

Im Folgenden sind die charakteristischen Wesenszüge und Begriffszusammenhänge des Verwaltungsermessens als Ausdruck exekutiver Gewalt im Kontext der Tätigkeitsformen und

---

<sup>653</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 18: „v oblasti *normotvorby*“ („im Bereich der Normbildung“).

<sup>654</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 18: „interpretačně-aplikační“.

<sup>655</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 18 m. w. N.

der Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung zu untersuchen und der Frage nachzugehen, als wie frei sich der Gebrauch des Ermessens darstellt. Im Besonderen soll der gesetzlichen Verankerung der Möglichkeit zum Verwaltungsermessen die Pflicht des Verwaltungsorgans gegenübergestellt werden, von selbigem auch Gebrauch zu machen, um die Grenzen des zwischen Ermessensbindung und Ermessensfreiheit stehenden Verwaltungsermessens aufzuzeigen.

#### a) Verwaltungsermessen als Ausdruck öffentlicher Gewalt und die Reichweite der Ermessensfreiheit

##### aa) Bedeutung des Verwaltungsermessens für die Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung

Ausgehend von der Grunddefinition des Verwaltungsermessens als durch das Recht begründeter Raum für die Wahl eines bestimmten Verfahrens im weiteren Sinn kommt dem rechtlichen Merkmal der Gesetzmäßigkeit besondere Bedeutung zu. Es ist nötig, das Verwaltungsermessen in den Zusammenhang der rechtlichen Regelung der Verwaltungstätigkeit, d. h. im Rahmen der geregelten Tätigkeitsform und bei der Entscheidung der öffentlichen Verwaltung, zu stellen, um dann der Frage nach der konkreten Ausgestaltung des Befugnisrahmens der öffentlichen Verwaltung und somit auch der Frage der Bestimmung und Durchsetzung der Befugnisse der Vollzugsorgane der öffentlichen Verwaltung nachzugehen.

##### bb) Verwaltungsermessen im Kontext der Tätigkeits- und Entscheidungsformen der öffentlichen Verwaltung

Auch das Verwaltungsermessen hat wie jede Art der Verwaltungsbetätigung eine rechtliche Grundlage. *Hendrych* stellt dazu fest:

„[...] alle Formen der Verwaltungstätigkeit können von den Vollzugsorganen der öffentlichen Verwaltung nur durchgesetzt werden, soweit sie eine rechtliche Grundlage haben.“<sup>656</sup>

---

<sup>656</sup> Hendrych, Dušan a kol. (u. a.): *Správní právo. Obecná část (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil)*, 4. geänderte und erweiterte Aufl., C. H. Beck Praha 2001, S. 67.

Als grundlegende Gruppen oder Arten der Tätigkeitsformen der öffentlichen Verwaltung werden gewöhnlich Akte der Verwaltung (*správní akty*), d. h. abstrakte Akte (auch normative Akte genannt) und konkrete (individuelle) Akte, öffentlichrechtliche Verträge und sog. faktische Handlungen (*tzv. faktické úkony*) oder Weisungen (*pokyny*) bezeichnet.<sup>657</sup> Bei den sog. rechtlichen Tätigkeitsformen (mit direkten Rechtsfolgen nach außen) gibt neben der Ermessensermächtigung der Handlungsmöglichkeit (Ermessen zum Erlass) im Gegensatz zu den Tätigkeitsformen ohne direkte außenwirkende Rechtsfolge auch eine inhaltsbezogene Ermessensermächtigung (Ermessen über den Inhalt).<sup>658</sup> Ermessen bezieht sich dabei immer auf den Teil der Geltendmachung einzelner Tätigkeitsformen oder auf die Entscheidung selbst.<sup>659</sup>

#### bb) Ermessensfreiheit der Verwaltungsorgane als Befugnis und Verpflichtung

Die rechtliche Befugnis (*pravomoc*)<sup>660</sup> als Berechtigung der Verwaltungsorgane zur Vollziehung hoheitlicher öffentlicher Gewalt<sup>661</sup> bedeutet im Rechtsstaat immer auch eine Pflicht zur Verwaltung. Nach dem Grundsatz der Legalität (*zásada legality*) gründet diese Befugnis auf einer einschlägigen Rechtsnorm, anders kann die öffentliche Gewalt nicht ausgeübt werden. Konsequenz ist die

„Begrenzung der Befugnis als Befähigung des Organs, sich in der durch das Recht vorausgesetzten, geforderten und in der Regel genau definierten Weise zu äußern“<sup>662</sup>,

zur Verwirklichung im jeweiligen Wirkungsbereich (*působnost*) des Organs. Somit steht der Möglichkeit zum Ermessen auch die Pflicht zum Ermessensgebrauch gegenüber.<sup>663</sup>

---

<sup>657</sup> Prucha, P.: a. a. O.

<sup>658</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 39 f. Besondere Bedeutung kommt in der tschechischen Literatur bei der Untersuchung des Verwaltungsermessens vor dem Hintergrund der Lehre von den Betätigungsformen der öffentlichen Verwaltung der Unterscheidung zwischen Handlungsermessen („*úvaha jednání*“) und Auswahlermessen („*úvaha volby*“) zu. Die Terminologie wurde der deutschen Fachliteratur entnommen. Sie wird auch von Skulová in ihren Abhandlungen über das Verwaltungsermessen verwendet.

<sup>659</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 40; zur die Entscheidungsdefinition vgl. Skulová, Soňa: *Rozhodování ve veřejné správě* (Entscheiden in der öffentlichen Verwaltung). Brno, Masarykova Univerzita 1995, S. 53 spricht vom „Entscheidungssystem der öffentlichen Verwaltung“ („*rozhodovací systém veřejné správy*“).

<sup>660</sup> In der tschechischen Rechtstheorie stellt in der Regel „*pravomoc*“ die generelle Bezeichnung für die Befugnis des Verwaltungsorgans dar (die Art der staatlichen Gewalt), über eine Angelegenheit zu entscheiden, die Kompetenz bezeichnet spezifisch die Zuständigkeit (innerhalb der „befugten“ staatlichen Gewalt).

<sup>661</sup> Vgl. Hendrych, Dušan a kol. (u. a.): *Správní právo. Obecná část* (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), 4. geänderte und erweiterte Aufl., C. H. Beck Praha 2001, S. 270.

<sup>662</sup> Svatoň, J. in: Filip, J./ Svatoň, J./ Zimek, J.: *Základy státovědy* (Grundlagen der Staatswissenschaften), Masarykova univerzita 1994, S. 32.

<sup>663</sup> Vgl. bereits die Urteile des Prager Obergerichts, Gz. 6 A 1/94-43, S 151 (SP 2/1997) und Gz. 6 A 99/92-50, S 50 (SJS/1998).

### cc) Normbildende Ermessenfreiheit (*diskreční pravomoc normotvorná*)

Die Ermessensermächtigung (*diskreční pravomoc*) zum Erlass von normativen abstrakten Akten der öffentlichen Verwaltung lässt sich nach neuerer Ermessensdogmatik nurmehr in ein weites Begriffsverständnis vom Ermessen einordnen.

Denn die ältere Lehre vom sog. Konkretisierungsermessen der normativen Schule, die vom Stufenbau der Rechtsordnung und der Ansicht ausgeht, dass Rechtsanwendung im Wesentlichen ein Prozess fortschreitender Konkretisierung und Individualisierung von Normen ist und es auf jeder Stufe der Konkretisierung des Rechts zur wechselseitigen Existenz heteronomer und autonomer Bestimmungsfaktoren, fremder oder eigener Rechtssetzung kommt, muss mit ihren autonomen Bestimmungsfaktoren nach der neueren rechtsdogmatischen Auffassung vom Verwaltungsermessen im spezifischen Sinn, dem sog. klassischen Verwaltungsermessen oder Verwaltungsermessen im technischen Sinn unterschieden werden.<sup>664</sup> Sie kann allenfalls – und das nicht ohne Einschränkungen – im Verhältnis von Gesetzen und sog. gesetzeskonkretisierenden Verordnungen oder im Besonderen z. B. für den Bereich des eigenen gemeindlichen Ermessens bei der Normbildung in der Selbstverwaltung fruchtbar gemacht werden.<sup>665</sup>

### b) Gebundenheit und Freiheit des Verwaltungsermessens

#### aa) Freiheit des Verwaltungsermessens

Bei der Untersuchung der Frage der Freiheit (*volnost*) des Verwaltungsermessens vor dem Hintergrund einer rechtsstaatlichen Gesetzesbindung ist der Unterschied zur Willkür (*libovůl*) zu verdeutlichen.

Im Rahmen des pflichtgemäßen Verwaltungsermessens besteht Freiheit zunächst insoweit, soweit keine konkreten verbindlichen das Vorgehen oder den Inhalt der Entscheidung bestimmenden Regeln existieren<sup>666</sup>, während Willkür bedeutet, dass das vollziehende Entscheidungssubjekt seinen „Mutwillen“ (*zvíle*) geltend macht, wenn eine Gebundenheit

---

<sup>664</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 46 unter Verweis auf Antonioli, W./Koja, F.: a. a. O.

<sup>665</sup> Näher Skulová, S.: a. a. O., S. 46 ff. m. w. N.

<sup>666</sup> Dies soll nicht auf unbestimmte Rechtsbegriffe zutreffen können, da, wie Skulová, S.: a. a. O., S. 52 selbst einräumt, auch bei Gebundenheit mögliche Zweifel an der Voraussetzung eindeutiger Erfüllung ihrer Anforderungen auf der Interpretations- und Subsumtionsebene in Betracht kommen, ein diese Zweifel bewältigendes Ermessen aber nur tatbestandlich-interpretatorischen Bezugspunkt hat.

durch Rechtsvorschriften vorliegt und das Entscheidungssubjekt diese Gebundenheit verletzt.<sup>667</sup>

Der Willkürbegriff wird in der tschechischen Literatur einmal materiell verstanden im Hinblick auf eine gerechte und rationelle (auch zweckmäßige) Entscheidung in der Sache (zu der es auch durch Missbrauch bestehender prozessualer Regeln kommen kann) und einmal als Willkür im Vorgehen und Inhalt der Entscheidung im Sinne der Nichtbeachtung oder Abwesenheit vorgegebener Regeln und alternativer Entscheidungen.<sup>668</sup> Die Begriffe Mutwillen oder Willkür bedeuten - sie sind dabei keine Rechtsbegriffe – einen Widerspruch zum Grundsatz der Legalität bzw. Rechtmäßigkeit (*zásada legality resp. právnosti*<sup>669</sup>) sowie zu Werten und Prinzipien des Rechtsstaats<sup>670</sup>, gegebenenfalls zu den Anforderungen an eine effektive und rationelle Entscheidung, im Ermessenszusammenhang wird darunter aber das bestimmte bedeutungsmäßige Gegenteil eines ordnungsgemäßen, gesetzlichen Verwaltungsermessens verstanden.<sup>671</sup>

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass Willkür nicht mit dem Begriff der Freiheit des Verwaltungsermessens gleichgesetzt werden kann.<sup>672</sup>

## bb) Gebundenheit des Verwaltungsermessens

In der Literatur zeichnet sich Gebundenheit (*vázanost*) durch eine beträchtliche Strukturiertheit bzw. verschiedene Grenzen aus.<sup>673</sup> Eine absolute Gebundenheit – als Gegensatz zur absoluten Freiheit im semantischen Sinn – bei der Rechtsanwendung scheidet dabei bereits rechtlich aufgrund der Existenz eines gewissen Maßes an Freiheit bei der Anwendung von Rechtsnormen, die eine bestimmte unausweichliche Unschärfe der sprachlichen Ausdrücke mit sich bringen, aus. Der Begriff der Gebundenheit bedeutet die

---

<sup>667</sup> In Anlehnung an Skulová, S.: a. a. O., S. 49 f., die andeutet, dass die Abhängigkeit vom guten Willen und der Verantwortlichkeit des Entscheidungssubjekts nicht die rechtliche Garantie von Gerechtigkeit und Verantwortungsbewusstsein nach sich ziehen muss und der Einzelne daher daraus keinen Anspruch ableiten kann.

<sup>668</sup> Vgl. Minderheitsvotum zu Pl. ÚS 3/96 sowie II. ÚS 229/95.

<sup>669</sup> Unter „*právnost*“ wird dabei die Gebundenheit durch die ganze Rechtsordnung, nicht nur durch Gesetze, auch durch Rechtsvorschriften geringerer Rechtskraft verstanden (vgl. Hendrych, D.: a. a. O., S. 341).

<sup>670</sup> Boguszak, J.: *Uvážení při aplikaci práva* (Ermessen bei der Rechtsanwendung), *Socialistická zákonnost*, Jahrgang XV, Nr. 2, 1967, S. 67.

<sup>671</sup> Vgl. die bereits erwähnten Urteile des Prager Obergerichts Gz. 6 A 6/92-3 und Gz. 6 A 1/94-43. Skulová, S.: a. a. O., S. 51 Fn. 58 verweist darauf, dass das ehemalige NSS in österreichischer verwaltungsgerichtlicher Tradition unter „Gesetz“ („*zákon*“) jede abstrakte Norm verstand, „*protizákonný*“ war demnach synonym mit „*protiprávní*“ (vgl. oben die entsprechenden Formulierungen in den Judikaten des ehemaligen NSS).

<sup>672</sup> Vgl. auch nach (Hoetzel, J.: Stichwort „*volné uvázení*“ in: SVP, Band V, S. 346) bereits das ehemalige NSS: „*Důrazně Nejvyšší soud trvá na tom, že volné uvázení není libovůlí*“ („Betont besteht das ehemalige NSS darauf, dass freies Ermessen nicht Willkür ist.“).

<sup>673</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 51.

Verpflichtung, sich nach konkreten rechtlichen Normen und gegebenenfalls auch internen von höheren Verwaltungsorganen erlassenen Normen zu richten, die den Inhalt, Umfang oder das Verfahren der Annahme eines Ergebnisses der Tätigkeit, d. h. Entscheidung der vollziehenden öffentlichen Verwaltung konkretisieren.<sup>674</sup> Vollständige Gebundenheit, die das Anfordernis der Gesetzmäßigkeit bzw. Rechtmäßigkeit bis zur gebotenen Erschöpfung erfüllen, ermöglicht dem Entscheidungssubjekt theoretisch keinen Raum für eigenes Ermessen, die Geltendmachung von Ansichten oder Erfahrungen, aber auch nicht die Verfolgung des Gesichtspunkts der Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Angemessenheit, sondern verknüpft mit der Erfüllung bestimmter Bedingungen die Pflicht zur Annahme einer Lösung der Entscheidung mit ganz genau bestimmtem Inhalt und Umfang.<sup>675</sup>

#### cc) Das Spannungsverhältnis zwischen Gebundenheit und Freiheit

Der vermeintliche Gegensatz zwischen Akten des Verwaltungsermessens und Akten der Rechtsanwendung wurde bereits von der normativen Schule - die die Möglichkeit des Verwaltungsermessens in den Grenzen der normativen Logik als aus dem Stufenbau der Rechtsordnung fließend ansah, in der sich die einzelnen Formen der Rechtsnormen dadurch unterscheiden, dass im Konkretisierungsprozess ein Akt immer relativ abstrakter, der andere relativ konkreter ist, letzterer aber niemals vollständig determiniert werden, dies nur über den weiteren Faktor des Ermessens geschehen kann<sup>676</sup> - als höchstens relativ bezeichnet. Daher wurde jeder rechtsanwendende Akt gewissermaßen als Akt des freien Ermessens, und jeder Akt des freien Ermessens genauso als Akt der Rechtsanwendung, d. h. als Vollzugsakt betrachtet. Nach *Merkel* beruht die sich auf den erwähnten vermeintlichen Gegensatz stützende Terminologie

„auf der falschen Theorie, dass eine genaue Grenze zwischen Akten, bei denen freies Ermessen geltend gemacht wird, und Akten, die nur das Recht anwenden, bestimmt werden kann. Allein die Praxis der Verwaltungsgerichte betont danach eine Grenze – und zwar so, dass sie als Akte des freien Ermessens nur eine geringe rechtliche Gebundenheit aufweisende Akte ansieht, hingegen als Anwendungsakte jene Akte, die die Rechtsordnung ausführlich determiniert. Die erwähnte

---

<sup>674</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 52 erwähnt in diesem Zusammenhang auch die ganz genaue Bestimmung des Inhalts und Umfangs der unbestimmten Rechtsbegriffe, wobei auch dabei Zweifel auftreten können.

<sup>675</sup> Dadurch, dass rechtsdogmatisch die Entscheidung für nur eine einzige richtige Lösung unbestimmter Rechtsbegriffe getroffen wurde, muss das Gesagte auch grundsätzlich für diese gelten.

<sup>676</sup> Merkel, A.: a. a. O., S. 152 f.

Theorie würde dabei wie sie sagen, dass auf der einen Seite gänzlich frei erlassene Akte und auf der anderen Seite gänzlich gebundene Akte existieren.“<sup>677</sup>

Vom Bemühen, die angeführten Kategorien abzugrenzen, und einer entsprechenden terminologischen Vereinfachung zeugte nach *Skulová*<sup>678</sup> unter Anderem Wortlaut der ZPO in der bis zum 31.12.2002 gültigen Regelung, die in der Bestimmung des § 245 Absatz 2 zum besonderen Vorgehen bei der gerichtlichen Überprüfung „der aufgrund des durch das Gesetz gestatteten freien Ermessens (Verwaltungsermessens)“ einbezogen war. Wenn man von wesentlicheren Problemen der Überprüfung der Gesetzmäßigkeit dieses Entscheidungstyps absieht, muss konstatiert werden, dass die auf diese Weise formulierte Spezifikation nicht ganz ausreichend und genau war, denn der präzisierte Begriff, also das „Verwaltungsermessens“, wurde erst in Klammern unter den Hauptbegriff, das „freie Ermessen“ eingeordnet. Dabei ist ein gewisses Maß freien Ermessens bei allen anwendungsbezogenen Entscheidungen ihrer rechtlichen Natur nach gegenwärtig, der Gesetzgeber dachte wohl nur nicht daran, dass er eine solche Gruppe von Ausnahmen bildet, die alle regelbaren Fälle abdecken würde.

Andererseits ist es offensichtlich, dass der verwendete Wortlaut neben dem klassischen Verwaltungsermessens auch andere Arten der Ermessensfreiheit abdeckte, also auch eine andere Fallgruppe, nämlich der sog. unbestimmten Begriffe, insbesondere weil die damalige gesetzliche Regelung die Überprüfung unbestimmter Begriffe nicht durch eine selbständige Bestimmung erfasste. Die Gerichte überprüften so gewöhnlich auch den Gebrauch unbestimmter Begriffe und machten auch terminologisch keine Unterschiede<sup>679</sup>.

Die geltende VwPO verwendet bereits in § 78 direkt die Bezeichnung „Verwaltungsermessens“. Es wurde bereits erörtert, dass es rechtsdogmatisch nicht um identische Begriffe geht, mit Rücksicht darauf sollte daher dieser Unterschied auch bei der Auslegung der rechtlichen Regelung und in die anwendende Praxis übernommen werden. Jedoch wird im Hinblick auf die Tatsache, dass auch in den Regelungen der neuen VwPO die Überprüfung unbestimmter Begriffe nicht selbständig erwogen wird, die Gerichtspraxis offenbar entsprechend ausfallen, wie dies bisher der Fall war.<sup>680</sup>

In Abgrenzung zum Verwaltungsermessens versteht man unter – keineswegs absoluter – Gebundenheit die Situation, wenn mit dem Eintritt der in der Hypothese der Rechtsnorm vorgesehenen Bedingungen das rechtsanwendende Organ immer nur ein einzig mögliches Vorgehen oder eine einzig mögliche Lösungsart der konkreten Situation geltend machen

---

<sup>677</sup> Merkl, A.: a. a. O., S. 152 f.

<sup>678</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 56 Fn. 70.

<sup>679</sup> Vgl. z. B. das Urteil des Prager Obergerichts Gz. A 129/93-20.

<sup>680</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 56 Fn. 70.

kann, ohne dass gleichzeitig ein gewisses Maß (freien) Ermessens<sup>681</sup> bei der Tatsachenbewertung, der Interpretations- oder Subsumtionstätigkeit (z. B. bei sog. unbestimmten Begriffen) ausgeschlossen wäre. Die so verstandene Gebundenheit ist gewöhnlich als Gegensatz zum Verwaltungsermessen zu begreifen. Das Verwaltungsermessen ist also eine „gewisse Zwischenstufe“ („*mezistupěň*“)<sup>682</sup> auf der Skala von Freiheit und Gebundenheit, mit Freiheitsmerkmal aufgrund der Wahlmöglichkeit zwischen mindestens zwei verschiedenen sich auf eine bestimmte Hypothese beziehenden Dispositionsvarianten und Gebundenheitsmerkmal aufgrund seiner pflichtgemäßen Ausübung im dafür durch rechtliche Grenzen vorgesehenen Raum.

Gegenwärtig impliziert die rechtliche Befugnis notwendig die Gebundenheit, denn die öffentliche Gewalt ist nach Art. 2 Abs. 3 Verfassung<sup>683</sup>, Art. 2 Abs. 2 der Urkunde an den Grundsatz der Legalität (*zásada legality*) gebunden. *Václav Pavlíček* und *Jiří Hřebejk* bemerken dazu, dass die staatliche Gewalt und ihre Organe ihre Befugnisse nur durchsetzen können, soweit dies das Gesetz gestattet.<sup>684</sup> Nach *Hendrych*<sup>685</sup> erfordert der Rechtsstaat, dass die Bedingungen, unter denen sich die staatliche Gewalt durchsetzen kann, genau spezifiziert und durch das Recht geregelt werden. Die Verwaltung ist also den Gesetzen und übrigen einschlägigen Rechtsvorschriften unterworfen, so dass nicht nur dem Anfordernis der Gesetzmäßigkeit, sondern auch der Rechtmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung zu genügen ist.<sup>686</sup> Das zugelassene Freiheitsmaß beim Ermessen der Verwaltung gibt es in zweifacher Ausprägung. Einmal in solchen Fällen, in denen der Verwaltung Freiheit bei der Einordnung

---

<sup>681</sup> Dieses (freie) Ermessen entspricht dann nicht mehr dem Verwaltungsermessen im neuen rechtsdogmatischen Begriffsverständnis. Skulová macht dabei wohl – ausgehend von der Altregelung – die rechtsdogmatische Unterscheidung an einem Unterschied von freiem Ermessen und Verwaltungsermessen fest. Dies stellt sich wohl vor dem Hintergrund der Begriffstradition der Verwaltungsgerichtsbarkeit als genauer dar, statt für die Differenzierung eine Unterscheidung von Ermessen und freiem Ermessen (d. h. Verwaltungsermessen) als Ansatz zu wählen. Im Ergebnis macht dies keinen Unterschied, da der Begriff des freien Ermessens zwar traditionsbehaftet, jedoch rechtsdogmatisch kein selbständiger Begriff mehr sein kann.

<sup>682</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 56.

<sup>683</sup> Ústavní zákon (Verfassungsgesetz) Nr. 1/1993 Slg., Verfassung der Tschechischen Republik, in neuester Fassung (in deutscher Übersetzung bei Arnold, Rainer/Kovařík, Vladimír: Die Konzeption des Grundrechtsschutzes in der Tschechischen Republik, in: *Entwicklungen im Europäischen Recht*, Band 7, 2003, hrsg. v. Prof. Dr. Rainer Arnold, Jean-Monnet-Lehrstuhl für Europarecht, Universität Regensburg, S. 104 ff.). Slg. bezeichnet die Gesetzessammlung der Tschechischen Republik (*Sbírka zákonů*) mit entsprechender Ordnungsnummer (č., číslo bedeutet Nr., Nummer), hier 1 und Jahrgang 1993.

<sup>684</sup> Pavlíček, Václav/Hřebejk, Jiří: *Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář*, 1. díl, *Ústavní systém* (Verfassung und Verfassungsordnung der Tschechischen Republik. Kommentar, 1. Band, Verfassungssystem), 2. Auflage, Linde Praha 1998, S. 60.

<sup>685</sup> Hendrych, Dušan/Svoboda, Cyril a kol. (u. a.): *Ústava České republiky, komentář* (Verfassung der Tschechischen Republik, Kommentar), C. H. Beck Praha 1997, S. 2.

<sup>686</sup> Diese Erfordernis der Gebundenheit auch durch Rechtsvorschriften geringerer Rechtskraft gilt für die gesamte öffentliche Verwaltung, mit Ausnahme besonders einiger Bereiche der Tätigkeit der territorialen Selbstverwaltung, wie es z. B. in § 35 Absatz 3 des Gesetzes über die Gemeinden und § 16 lit. a) des Gesetzes über die Kreise Nr. 129/2000 Slg. bestimmt wird (näher Skulová, S.: a. a. O., S. 59).



von Erscheinungen oder Situationen in den Umfang ihres Wirkungsbereiches (*působnost*) einer bestimmten Rechtsnorm überlassen ist (sog. unbestimmte Begriffe), und weiter bei der Bestimmung der Freiheit der Wahl eines weiteren Vorgehens oder Inhalts, die das Verwaltungsermessen darstellt. Welcher Raum für das (freie) Ermessen der Verwaltung überlassen wird, ist in erster Linie eine Frage gesetzgeberischer Kompetenz. Die tschechische Verfassung sieht dafür keine spezielle Regelung vor.<sup>687</sup> Auf der allgemeinen Ebene der verfassungsmäßig verankerten Vollzugsregeln der öffentlichen Verwaltung sowie Werte, Prinzipien und Grundsätze, die das Verwaltungsermessen beherrschen, lässt sich nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zumindest die Feststellung treffen, dass der Gesetzgeber hinsichtlich des (freien) Ermessens der öffentlichen Verwaltung kein eigenes Ermessen hat.

„In der Auffassung des Verfassungsstaats, auf den die Verfassung der Tschechischen Republik gegründet ist, sind das Recht und die Gerechtigkeit nicht Gegenstand der freien Disposition des Gesetzgeber, und damit auch nicht des Gesetzes, weil der Gesetzgeber an bestimmte Grundwerte gebunden ist, die die Verfassung für unveräußerlich erklärt.“<sup>688</sup>

Nach *Skulová* wirkt diese Vorgabe in *positiver* – insoweit gesetzgeberisch ein Spielraum für (freies) Ermessen zu begründen ist<sup>689</sup> – und in *negativer* Hinsicht – insoweit nämlich die Grundlagen der Ermessensfreiheit zu begrenzen sind.<sup>690</sup>

Das Freiheitsmaß ist direkt aus dem Wortlaut der einschlägigen Rechtsnormen festzustellen, da konkrete allgemein brauchbare bzw. ausdrückliche Regeln für dessen Bestimmung in Rechtsvorschriften fehlen. In jedem Fall hat sich die Freiheit des Ermessens des Verwaltungsorgans im Rahmen des Legalitätsprinzips zu bewegen, mit der Folge, dass eine – wenn auch nicht ausdrücklich bezeichnete - Grundlage in einer gesetzlichen Regelung erforderlich ist. Im Kern geht es um das aus dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutz abgeleitete Bestimmtheitserfordernis von Gesetzen (*požadavek určitosti zákonů*), aus denen der Inhalt (*obsah*), der Zweck (*účel*) und der Umfang (*rozsah*) des Wirkungsbereichs (*působení*) der Verwaltung immer ersichtlich sein sollte, um eine allgemeine gesetzliche

---

<sup>687</sup> In Österreich existiert zumindest eine die Überprüfung des Verwaltungsermessens betreffende Regelung, aus der mittelbar ein gesetzgeberischer Regelungs- bzw. Formulierungsauftrag abgeleitet werden kann (vgl. Art. 136 BV).

<sup>688</sup> Vgl. Urteil des Verfassungsgerichts vom 21.12.1993, Pl. ÚS 19/93, Nr. 1/1993, Slg. VG, Bd. 1, S. 6-7.

<sup>689</sup> Vgl. auch in diesem Zusammenhang die Regelung eines gewissen Entscheidungsspielraums auf dem Gebiet der Selbstverwaltung (Art. 8, 100 Abs. 1, 101, 104 der Verfassung).

<sup>690</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 60 f.

Grundlage zu definieren, den Umfang des Vorbehaltes des Gesetzes allgemein zu bestimmen.<sup>691 692</sup>

In Anlehnung an die Theorie des „differenzierten Legalitätsprinzips“ aus dem österreichischen Verfassungsrecht, dass für die sog. privatwirtschaftliche Verwaltung eine weniger strenge Gesetzesbindung erforderlich ist – nach Art. 18 Absatz 1 BV darf die gesamte Verwaltung nur auf Grundlage eines Gesetzes vollzogen ausgeübt werden, der aber in der Interpretation des österreichischen Verfassungsgerichts in den Grenzen dieser Theorie erfordert, dass die Stufe der gesetzlichen Determinierung, also der Gebundenheit, dem Regelungsgegenstand entspricht, ist das Bestimmtheitserfordernis aber im Hinblick auf den hoheitlichen (*vrchnostenský*) oder nichthoheitlichen (*nevrchnostenský*) Charakter der Verwaltungstätigkeit zu modifizieren.<sup>693</sup>

#### dd) Formen der Geltendmachung und Identifikation des Verwaltungsermessens

Die Bestimmung von Verwaltungsermessens in einer Rechtsnorm ist – neben der theoretischen wie praktischen Frage der Möglichkeit des Verwaltungsorgans, ein begründetes Verwaltungsermessens eindeutig zu erkennen – vor allem von Bedeutung für die gerichtliche Überprüfung desselben. Soweit es um die Beurteilung des Gebrauchs des Verwaltungsermessens durch das Gericht in der Verwaltungsgerichtsbarkeit geht, betrifft dies die Überprüfung in Bezug auf die eingewandte Überschreitung der durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte (*vybočení z mezí a hledisek stanovených zákonem*)<sup>694</sup> bzw. Überschreitung der durch das Gesetz bestimmten Grenzen des Verwaltungsermessens oder gegebenenfalls des Missbrauchs des Verwaltungsermessens (*překročení mezí správní uvážení zákonem stanovených nebo event. zneužití správní uvážení*)<sup>695</sup> in den auf dessen Grundlage bestimmten Entscheidungen. Soweit es um den gesetzeswidrigen Nichtgebrauch des Verwaltungsermessens geht, kommt der Schutz gegen Untätigkeit in Betracht.<sup>696</sup>

<sup>691</sup> So Skulová, S.: a. a. O., S. 61 unter Berufung auf Vopálka, V. in Hendrych, D.: a. a. O., S. 43.

<sup>692</sup> Vgl. zum Bestimmtheitserfordernis das Urteil des Verfassungsgerichts Pl. ÚS 43/93, Nr. 16/1993, Slg. ÚS, Bd. I, S. 118 unter Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Vgl. auch Mikule, V./Sládeček, V.: *Zákon o Ústavním soudu – komentář a judikatura k Ústavě ČR a Listině základních práv a svobod* (Gesetz über das Verfassungsgericht – Kommentar und Rechtsprechung zur Verfassung der TR und Urkunde der Grundrechte und -freiheiten), Praha Eurolex Bohemia 2001, S. 369.

<sup>693</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 63.

<sup>694</sup> So die Vorgängerregelung des § 245 Absatz 2 ZPO a. F., die bis zum 31.12.2002 gültig war.

<sup>695</sup> Vgl. § 78 Abs. 1 VwPO.

<sup>696</sup> Vgl. § 79 Abs. 1 VwPO.

Ausgangspunkt für die Lösung der grundsätzlichen Probleme der richtigen Interpretation und folgerichtigen Anwendung von Verwaltungsermessen begründenden Bestimmungen sind einerseits die Gründe, die den Gesetzgeber leiteten, in verwaltungsrechtliche Vorschriften Raum im Besonderen für Verwaltungsermessen der vollziehenden Verwaltung einzugliedern, und andererseits formal die Art und Weise, auf die der Gesetzgeber dies getan hat. Bereits *Merkel* gibt als insoweit immer noch gültige Erklärung für die Eingliederung von Ermessensvorschriften,

„dass der gesetzgebungspolitische Grund des Ermessens, soweit es das Gesetz den Organen bewusst verleiht, nicht ist, ihnen subjektive Willkür zu ermöglichen, sondern, dass sie den speziellen Anforderungen der einzelnen konkreten Fälle entsprechen könnten“.<sup>697</sup>

*Skulová* versteht unter diesen speziellen Anforderungen insbesondere die Grundsätze der Effektivität und der rationellen, zweckmäßigen Entscheidung.<sup>698</sup> Diese ermöglichen es dem Verwaltungsorgan, die geeignetsten Lösungen zu finden, die zur Erfüllung der bestimmten Gesetzeszwecke als unterschiedliche von der öffentlichen Verwaltung zu verfolgende öffentliche Interesse (*veřejné zájmy*) führen sollen. Diese öffentlichen Interessen sind dabei Ausdruck der einschlägigen Werte oder Prinzipien. Dadurch wird die Zweckmäßigkeit (*účelnost*), und die Zweckgerichtetheit (*účelovost*) im Sinne der Fähigkeit, rationell und elastisch die durch die Gesetze bestimmten Ziele zu erfüllen - auch als weiteres Unterscheidungsmerkmal von gebundenen Entscheidungen, bei denen die Art und Weise einer bestimmten Zweckverfolgung nicht zur Disposition steht<sup>699</sup> - zum „Hauptmotiv für den Gebrauch des Verwaltungsermessens“<sup>700</sup>. Im Falle des Verwaltungsermessens hat das Verwaltungsorgan den Weg im gesetzlich bestimmten Rahmen zu suchen, wie der Zweck am besten zu erreichen ist. Es wird deutlich, dass die Begründung des Verwaltungsermessens in der Rechtsnorm eine bewusste, gezielte, genau formulierte, unveräußerliche Unsicherheit (*nejistota*) darstellen soll. Daraus ergibt sich, dass das Bestimmtheitserfordernis dann besonders zu beachten ist, weil es um die Begrenzung der Befugnis und des Wirkungsbereichs der Verwaltungsorgane, und damit um die Grenzen und Gesichtspunkte

---

<sup>697</sup> Merkel, A.: a. a. O., S. 163.

<sup>698</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 64.

<sup>699</sup> Ist der Zweck dem Text der Rechtsnorm nicht klar zu entnehmen, muss er über den notwendigen Gebrauch der systematischen bzw. teleologischen Auslegung erkannt werden.

<sup>700</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 65.

ihres Vollzugs im Rahmen des Legalitätsgrundsatzes und der Rechtssicherheit der Adressaten des öffentlichrechtlichen Wirkungsbereichs geht.<sup>701</sup>

aaa) Ausdrucksformen des Verwaltungsermessens

Die Existenz und die Möglichkeit des Gebrauch des durch Verwaltungsermessens in Rechtsvorschriften begründeten Raums ist durch die Formulierung „das Verwaltungsorgan kann (*může*) dem Adressaten die Verpflichtung x auferlegen“, „das Verwaltungsorgan kann (*může*) den Verwaltungsakt y erlassen“, „das Verwaltungsorgan erlegt die Sanktion in den Grenzen von ... bis ... (*rozmezí od ... do ...*) auf“, „das Verwaltungsorgan kann (*může*) zwischen dem Vorgehen A oder dem Vorgehen B wählen“ etc.<sup>702</sup> Aus dem mit der Situation des Verwaltungsermessens verbunden zu sein scheinenden Gebrauch des Wortes „kann“ („*může*“) kann aber unmöglich automatisch abgeleitet werden, dass jede Verwendung dieses Wortes in der die Befugnis (*pravomoc*) des Verwaltungsorgans begründenden Rechtsnorm notwendig immer einen Fall des Verwaltungsermessens bezeichnet.<sup>703</sup>

Die Problematik von (freiem) Ermessen bzw. Verwaltungsermessens<sup>704</sup> für das rechtsanwendende Organ enthaltenden oder vermeintlich enthaltenden Bestimmungen löste in der zweiten Hälfte der Sechsziger Jahre des vorigen Jahrhunderts eine umfassendere und einige Jahre sich hinziehende Diskussion in einigen Fachperiodika aus.<sup>705</sup> Der sachliche Einschlag dieser Diskussion war sehr breit, denn sie betraf gesetzgebungstechnische und interpretatorische wie rechtsanwendungsbezogene Fragen des freien Ermessens allgemein, nicht nur im Rahmen des Vollzugs der öffentlichen Verwaltung (damals der Staatsverwaltung) und nicht nur des eigentlichen Verwaltungsermessens, das u. A. als Begriff durch die geführte Diskussion präzisiert wurde. Nach *Skulová* können viele der damaligen vertretenen Ansichten – wenn auch mit Einschränkungen - für die heutige Ermessensdiskussion fruchtbar gemacht werden.<sup>706</sup>

<sup>701</sup> Vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S. 65 f.

<sup>702</sup> Vgl. auch die Beispiele oben im rechtstheoretischen Teil; vgl. auch zur Verwendung von „*může*“ z. B. Stichwort „*Správní uvážení*“ („Verwaltungsermessens“) in *Právníký slovník* (Hendrych, D. u. a.), S. 884.

<sup>703</sup> Vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S. 66.

<sup>704</sup> Mit Rücksicht auf die Tradition wird fortan das freie Ermessen für das weite Begriffsverständnis verwandt, auch wenn der jeweils genannte Autor selbst darunter etwas Anderes versteht.

<sup>705</sup> Vgl. *Hrdlička*, J.: *Může či musí* (Studie interpretační a legislativnětechnická) (Kann oder muss (Eine Studie der Interpretation und Gesetzestechnik)), *Právník*, 1966, Nr. 5, S. 448-457, *Boguszak*, J.: *Uvážení při aplikaci práva* (Ermessen bei der Rechtsanwendung), *Socialistická zákonnost*, 1967, Nr. 2, S. 65-74, *Říha*, J.: *K otázce může či musí* (Zur Frage kann oder muss), *Právník*, 1966, Nr. 7, S. 636-639, *Weinberger*, O.: *K pojmu volného uvážení* (Zum Begriff des freien Ermessens), *Právník*, 1967, Nr. 9, S. 522-528, *Krecht*, J.: *Může – musí* (Kann – muss), *Právník*, 1968, Nr. 11, S. 693-698.

<sup>706</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 67. Wie z. B. der Auffassung von *Jaroslav Krecht* zu entnehmen ist, ist mit dem Gebrauch des Ausdrucks „kann“ („*může*“) in der Rechtsnorm nicht automatisch die Begründung von Verwaltungsermessens verbunden. Der Ausdruck „kann“ („*může*“) ist danach alternativ vereinbar sowohl mit

Wesentlich und immer noch aktuell ist z. B., was *Jaroslav Krecht* als einer der Beteiligten der Ermessensdiskussion in den Sechsziger Jahren zum Ausdruck „muss“ („*musí*“) weiter anmerkt, dass nämlich soweit dieser Ausdruck isoliert steht, er nicht ausdrückt, ob er hier nur eine Pflicht oder Berechtigung bedeutet. Er hat die Bedeutung einer Kompetenz (*kompetence*) in dem Sinn, dass die Behörde oder das Gericht zuständig ist.<sup>707</sup> Die Verpflichtung oder Berechtigung kann dann nach *Krecht* aus anderen Normen oder aus der Tatsache abgeleitet werden, dass keine Norm existiert, die das vorliegende Verhalten regeln würde. Es kann also einmal die Situation eintreten, dass es eine andere die Verpflichtung auferlegende Norm gibt, dann kann unmöglich ein Raum für freies Ermessen erwogen werden. Weiter kann es eine Norm geben, die eine Berechtigung begründet, dann wird „kann“ („*může*“) auch eindeutig eine Berechtigung bedeuten.<sup>708</sup> Aus der dritten Variante ist, wenn keine weitere Norm gilt, notwendig abzuleiten, dass das zuständige Subjekt berechtigt ist, sich in der gegebenen Weise zu verhalten, folglich entsprechende Ermessen geltend zu machen.<sup>709</sup>

*Skulová* sieht dies als akzeptable Lösung an, bemerkt aber, dass ein Problem in der Feststellung der Existenz oder Nichtexistenz jener weiteren Norm oder Normen, deren Existenz und Natur dem Ausdruck „kann“ („*může*“) die genaue Bedeutung geben sollte, liegt, es also um die Möglichkeit einer zuverlässigen systematischen Auslegung bzw. Berücksichtigung aller existierender sich auf den gegebenen Regelungsgegenstand beziehender rechtlicher Gesichtspunkte geht.<sup>710</sup>

Im Hinblick auf das Kompetenzübertragungsproblem machte *Ota Weinberger* im Rahmen der erwähnten Diskussion darauf aufmerksam, dass es in den Bestimmungen, in denen der Gesetzgeber die Rechtsnorm mit Hilfe des Wortes „kann“ („*může*“) in der Disposition formulierte, vor allem um die Bestimmung der Kompetenz (*kompetence*) geht, d. h. dem

---

dem Ausdruck „muss“ („*musí*“) als auch mit dem Ausdruck „muss nicht“ („*nemusí*“), und der Ausdruck „kann“ („*může*“) drückt die Alternative „kann und muss“ („*může a musí*“) oder „kann und muss nicht“ („*může a nemusí*“) aus. Der Ausdruck „kann“ („*může*“) ist folglich normativ uneindeutig und drückt eine Kompetenz des Gerichts oder der Behörde aus, was bedeutet, dass sie entweder berechtigt oder verpflichtet sind. Ergänzend wird auch zum Exkurs nach oben verwiesen.

<sup>707</sup> Vgl. das Urteil des Kreisgerichts in Hradec Králové vom 23.12.1999 Gz. 30 Ca 145/99-19 über die Ablehnung der Ausgabe eines Reisedokuments nach dem damals gültigen Gesetz Nr. 216/1991 Slg.: „Das Wort „kann“ [„*může*“] ist in der zitierten Bestimmung in der Disposition der Norm erfasst. Daher geht es um die Bestimmung der Kompetenz des zuständigen Organs. Das bedeutet, dass den Organen [...] die Kompetenz zukommt, gemäß der Rechtsordnung in der durch das Gesetz bestimmten Weise zu entscheiden. Es geht also nicht um den Hinweis auf ein absolutes freies Ermessen und die Bedeutung des Wortes „kann“ [„*může*“] ist unmöglich nur grammatikalisch aus dem Wortschatz der tschechischen Sprache abzuleiten. Wenn das Verwaltungsorgan feststellt, dass die Bedingungen des Gesetzes erfüllt sind [...], hat es bereits die Pflicht, in der vorgeschriebenen Weise zu entscheiden.“

<sup>708</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 68 deutet dies keineswegs als Pleonasmus, sondern als notwendige Lösung der Streitfrage der Begründung oder Nichtbegründung von Ermessensfreiheit.

<sup>709</sup> *Krecht*, J.: a. a. O., S. 695 ff.

<sup>710</sup> Vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S. 68.

zuständigen Organ gebührt die rechtliche Befugnis (*pravomoc*), dass es also durch die Rechtsordnung damit betraut ist, in den erwogenen Fällen in der bestimmten Weise zu entscheiden. Der Gesetzgeber wählt dabei die zitierte Formulierung meistens deshalb, wenn die Entscheidung vom freien Ermessen abhängig ist.

„Aus dem verpflichtenden Charakter der Funktion staatlicher Organe ergibt sich, dass die Kompetenz staatlicher Organe notwendig als Pflichtausübung, keineswegs als Gefälligkeit [laskavost] oder als Willkür [libovůle] zu verstehen ist“<sup>711</sup>,

woraus dann auch die Verpflichtung zum Gebrauch des in der Rechtsnorm begründeten Verwaltungsermessens abzuleiten ist. In der Interpretation *Weinbergers* hat das Organ die Möglichkeit und die Verpflichtung, die besonderen außerordentlichen und durch den Gesetzgeber nicht spezifizierten Umstände zu beachten, die die Geeignetheit einer im Übrigen befohlenen Entscheidung schützen.<sup>712</sup> Insoweit darf es auch keinen rechtlichen Umstand geben, der durch die der Entscheidung zugrundeliegende Norm ausgeschlossen wäre. *Skulová* sieht darin einen der Hauptgründe der Einordnung des Verwaltungsermessens in den Vollzug der öffentlichen Verwaltung regelnden Rechtsvorschriften, nämlich den Grund einer zweckmäßigen, zielgerichteten und rationellen Entscheidung.<sup>713</sup> Im Hinblick auf die inhaltliche Diskussion ist insbesondere noch darauf hinzuweisen, dass sich diese vollständig nur auf die staatliche Verwaltung bezog, darüber hinaus zielen die angeführten Erkenntnis auf die rechtliche Befugnis zu handeln oder nicht zu handeln, also auf den Typ des „Handlungsermessens“ (*uvážení jednání*) ab. Dabei muss aber der Begriff „kann“ („*může*“) nicht notwendig bedeuten, dass ein Fall des Verwaltungsermessens vorliegt. Insbesondere im Bereich des Vollzugs der staatlichen Verwaltung handelt es sich in der Regel um Kompetenzbestimmungen im Sinne einer Handlungspflicht, wenn sich direkt aus dem Text der konkreten Norm oder unter Gebrauch der systematischen Auslegung nicht das Gegenteil ergibt.<sup>714</sup> Im Wirkungsbereich der Selbstverwaltung öffentlichrechtlicher Körperschaften

<sup>711</sup> Weinberger, O.: a. a. O., S. 526 f.

<sup>712</sup> Weinberger, O.: a. a. O., S. 527 betont die Geeignetheit und Notwendigkeit der systematischen Auslegung.

<sup>713</sup> Vgl. dazu das Urteil des Prager Obergerichts Gz. 6 A 11/96-73.

<sup>714</sup> Bei *Skulová*, S.: a. a. O., S. 70 f. Fn. 104 findet sich dazu ein eindrucksvolles Beispiel einer systematischen Auslegung zur Bestimmung des § 11 des Gesetzes über Verwaltungsübertretungen, der die Sanktion für eine Übertretung und ihre Auferlegung regelt, auch wenn in der Bestimmung nicht mit dem Ausdruck „kann“ („*může*“) operiert wird, sondern mit „kann [...] werden/lässt“ („*lze*“), was vorliegend als Fall eines synonymen Ausdrucks zu deuten ist, auch wenn sein Äquivalent im Fall des Gebrauchs des Verbs „können“ („*moci*“) eher der Ausdruck „ist möglich“ („*je možno*“) wäre. Beide Ausdrücke („*lze*“ und „*je možno*“) sind im Falle des ersten Absatzes der zitierten Bestimmung, also in Verbindung mit der *Begründung der Befugnis zur Auferlegung der Sanktion für die Übertretung* geeigneter als die Form „kann“ („*může*“), die den Eindruck der Begründung von Verwaltungsermessens in Form des „Handlungsermessens“ hervorrufen könnte, um die es aber vorliegend

(*korporaci*) bildet das Wort „kann“ („*může*“) dagegen den Raum für autonome Entscheidungen, was tatsächlich, wenn sich aus dem rechtlichen Kontext nichts Anderes ergibt, die Wahl(möglichkeit) von Handlungen bedeutet.<sup>715</sup> Auch in diesem begrenzten autonomen Raum herrscht aber nicht Willkür, es gelten die Kriterien der Rechtsstaatlichkeit und der Prinzipien der guten Verwaltung (*principy dobré správy*)<sup>716</sup>, besonders das Prinzip der Gleichheit (*princip rovnosti*)<sup>717</sup> allgemein.

Neben sog. Handlungsermessen (*uvážení jednání*) existiert mit dem sog. „Auswahlermessen“ („*uvážení volby*“) ein weiterer Typus des Verwaltungsermessens, d. h. der Möglichkeit, bei Erfüllung bestimmter Bedingungen irgendeine von mehreren möglichen Lösungen oder Vorgehensweisen zu wählen.<sup>718</sup> Was diesbezüglich den Gebrauch des Wortes „kann“ („*může*“) betrifft, so wird es – wenn sich nichts Anderes ergibt – immer um wirkliches Verwaltungsermessen gehen, da durch die einschlägige Rechtsnorm verschiedene Auswahlvarianten zur Verfügung gestellt werden.

Abschließend ist festzustellen, dass die Verpflichtung, das in Rechtsnormen enthaltene Verwaltungsermessen zu gebrauchen, die fakultative (für die Variante des „Handlungsermessens“) oder obligatorische (für die Variante des „Auswahlermessens“) Konkretisierung der allgemeinen Rechtsnorm für die Bedingungen des Einzelfalls und die Individualisierung der allgemeinen Regel für die konkrete Situation durch den garantierten Raum für die Berücksichtigung der Spezifika der gelösten Situation bedeutet.<sup>719</sup>

bbb) Verortung des Verwaltungsermessens in der Rechtsnorm

Hinsichtlich der Verortung des Verwaltungsermessens in der Rechtsnorm kann auf das oben dargestellte Meinungsspektrum verwiesen werden. Aus den bisherigen Ausführungen ist mit

---

eben nicht geht. Das ergibt sich aus einer systematischen Auslegung über §§ 11 Absatz 2 und 3, 67 (Offizialgrundsatz (*zásada oficiality*)), 77 (Pflicht, im Entscheidungsauspruch die Art und das Ausmaß der Sanktion anzuführen) und 52 a, 95 a mit 12.

<sup>715</sup> Hintergrund ist die besondere verfassungsmäßige Gewährleistung (vgl. auch Art. 8 der Verfassung: „Die Selbstverwaltung der territorialen Selbstverwaltungskomplexe wird gewährleistet“ („*Zaručuje se samospráva územních samosprávných celků*“)).

<sup>716</sup> Vgl. Hendrych, D.: a. a. O.

<sup>717</sup> Die Gleichheit muss in dieser Umgebung nicht einheitlich universal gelten, sondern nur im Rahmen der selbstverwaltenden Körperschaft. Daraus ergibt sich, dass, soweit die Gleichheit auch allgemein in allen Angelegenheiten der Selbstverwaltung gelten sollte, der Selbstverwaltung keine Kompetenz autonomer Natur übertragen werden musste.

<sup>718</sup> Bei Skulová, S.: a. a. O., S. 72 ist die Rede von „der Befugnis, eine Lösung zu wählen“ (*pravomoc volit řešení*). Eine Untergruppe diese Typs stellt die eine eigene Lösungsart zu generieren ermöglichende Variante dar: z. B. „wenn eine bestimmte Situation eintritt [...], gewährleistet das Verwaltungsorgan eine geeignete Lösung.“ („*nastane-li určitá situace [...], správní orgán zajistí vhodné řešení*“).

<sup>719</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 72.

der neueren Literaturansicht<sup>720</sup> anzunehmen, dass das freie Ermessen (*volná úvaha*) in der Hypothese notwendig als Fall der Eingliederung eines unbestimmten Begriffes (*neurčitý pojem*) und seine Anwendung als Beurteilungs- und Subsumtionstätigkeit bzw. als Fall der Bewertung von Tatsachenfragen anzusehen ist. Das eigentliche Verwaltungsermessen (*správní uvážení*) ist nur in der Rechtsfolgenanordnung (*dispozice*) oder der Sanktion (*sankce*) zu verorten.

#### ccc) Rechtssystematische Identifikation des Verwaltungsermessens

Teilweise finden sich auch Ermessenskategorisierungen danach, ob es sich um Ermessen in Normen des materiellen oder des prozessualen Rechts handelt<sup>721</sup> bzw. es um Ermessen bei der Feststellung von Tatsachenbedingungen und bei der Entscheidung selbst geht<sup>722</sup>. Letztere Kategorie befindet sich in der Sphäre des freien Ermessens zugleich der Entscheidung und der Entscheidung über prozessuale Berechtigungen und Verpflichtungen oder über das weitere Entscheidungsverfahren, die nicht direkt dem freien Ermessen in der Sache selbst, also auf materiellrechtlicher Ebene unterzuordnen ist.

Im Hinblick auf die „ergänzende“ Funktion prozessualer Normen in Bezug auf materiellrechtliche ist dieser Ermessenstyp nicht unmittelbar bestimmend für das Ergebnis des Entscheidungsprozesses, auch wenn er es bedeutend beeinflussen kann.<sup>723</sup> Als Beispiel kann das „prozessuale“ Ermessen des Verwaltungsorgans darüber angeführt werden, ob und wann es die Pflicht zur Feststellung der Tatsachenumstände der Angelegenheit<sup>724</sup> erfüllt hat und aufgrund der auf diese Weise durchgeführten Tatsachenfeststellung es in der Angelegenheit zu entscheiden möglich ist. Das angeführte Ermessen (*úvaha*) bzw. dessen Ergebnis kann sich bei verschiedenen

<sup>720</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 73.

<sup>721</sup> Vgl. bereits Boguszak, J.: a. a. O., S. 66.

<sup>722</sup> Vgl. Hrdlička, J.: a. a. O., S. 453.

<sup>723</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 74; zur Ergänzungsfunktion prozessualer Normen vgl. Průcha, P.: *Správní právo*, a. a. O.

<sup>724</sup> § 32 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 71/1967 Slg., der alten Verwaltungsordnung also, bestimmte noch: „Das Verwaltungsorgan ist verpflichtet, genau und vollständig den Sachverhalt der Angelegenheit festzustellen [...]“ („Správní orgán je povinen zjistit přesně a úplně skutečný stav věci [...]“). § 50 Absatz 3 der neuen, ab dem 1.01.2006 gültigen VwO bestimmt: „Das Verwaltungsorgan ist verpflichtet, alle für den Schutz des öffentlichen Interesses wichtigen Umstände festzustellen.“ („Správní orgán je povinen zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu.“) - auf den neuartigen Bezug zum Begriff des öffentlichen Interesses wird hingewiesen - und § 50 Absatz 2 regelt vorher: „Die Grundlagen für den Erlass der Entscheidung beschafft das Verwaltungsorgan.“ („Podklady pro vydání rozhodnutí opatřuje správní orgán.“). Ausdrücklich erwähnt wird ein diesbezügliches Ermessen sogar nunmehr in § 50 Absatz 4: „Soweit das Gesetz nicht bestimmt, dass eine Grundlage für das Verwaltungsorgan verbindlich ist, bewertet das Verwaltungsorgan die Grundlagen, vor allem die Beweise, nach seinem **Ermessen** [...]“ („Pokud zákon nestanoví, že některý podklad je pro správní orgán závazný, hodnotí správní orgán podklady, zejména důkazy, podle své **úvahy** [...]“). Es handelt sich hier um prozessuales bzw. Ermessen bei der Beweiswürdigung.



Organen in entsprechenden Angelegenheiten und Tatsachensituationen unterscheiden, ohne dass dies selbst dabei notwendig ein gesetzeswidriges Vorgehen bedeuten würde.<sup>725</sup>

#### ddd) Verwaltungsermessen und öffentliche subjektive Rechte

Bei der Geltendmachung des Verwaltungsermessens ist eine Differenzierung für die Anforderungen an das Verwaltungsermessen danach nötig, ob öffentliche subjektive Rechte, vor allem Grundrechte und Grundfreiheiten der Urkunde<sup>726</sup>, von der Ermessensausübung betroffen sind.

Es ist also bereits für die Identifikation des Verwaltungsermessens entscheidend, ob es für Entscheidungen in Angelegenheiten des Vollzugsbereichs öffentlicher Verwaltung, darunter besonders bei subjektiven Pflichten oder Berechtigungen der Adressaten des Wirkungsbereichs der öffentlichen Verwaltung, oder in Angelegenheiten nicht unmittelbar vollzugsverbundener organisatorischer, wirtschaftlicher oder technischer Natur begründet wird. Die erste Kategorie bringt das unmittelbare Erfordernis einer konkreten gesetzlichen Grundlage und Definition des Ermessens mit sich, die zweite charakterisiert nicht notwendig einen direkten Ausdruck öffentlicher Gewalt und verlangt daher nicht immer unbedingt nach einem derartigen Erfordernis. Die Unterscheidung ist auch von institutioneller Bedeutung, da die Übertragung öffentlicher Gewalt mittels Ermessensermächtigung besonders hinsichtlich ihres Umfangs bereits gesetzgebungstechnisch zu berücksichtigen ist.<sup>727</sup> Um dem Anfordernis der genauen Bestimmung der Grenzen und Kriterien des Ermessens gerecht zu werden, sind der Umfang und Inhalt der übertragenen Vollziehung öffentlicher Gewalt genau zu definieren, da in verfassungsrechtlicher Hinsicht eine notwendige gesetzliche Grundlage vorliegen muss. Daneben ist ein derartiges Vorgehen auch notwendig, wenn ein subjektives Recht begründet werden soll.

In einigen Fällen werden subjektive Rechte direkt verwirklicht, d. h. sie existieren ohne vermittelnde Aufgabenerfüllung des Verwaltungsorgans, das solche Rechte zu beachten hat, indem es in diese nicht eingreift oder nicht handelt. Dies betrifft viele Grundrechte und Grundfreiheiten, wie sie in der Urkunde und einschlägigen internationalen Verträgen garantiert sind. Eine etwaige behördliche Tätigkeit im Hinblick darauf begrenzt sich allgemein auf Akte deklaratorischer Natur oder Ausübung der Evidenz oder Registration, soweit die Urkunde selbst

---

<sup>725</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 74.

<sup>726</sup> Beispiel kann die Unternehmerfreiheit aus Art. 26 Absätze 1 und 2 der Urkunde angeführt werden.

<sup>727</sup> Ein interessantes Beispiel findet sich bei Skulová, S.: a. a. O., S. 75 Fn. 115 zum Gesetz Nr. 365/2000 Slg., über Informationssysteme der öffentlichen Verwaltung.

nicht die Bestimmung bestimmter Bedingungen oder Begrenzungen in Form eines Gesetzes wie z. B. bei der Unternehmerfreiheit nach Art. 26 Absatz 1 und 2 voraussetzt.<sup>728</sup>

Verwaltungsermessen kann aber auch in den Fällen begründet werden, die erfordern, dass zur Anerkennung oder Entstehung der Berechtigung ein Akt des Organs der öffentlichen Verwaltung erlassen oder eine sog. faktische Handlung (*tzv. faktický úkon*) mit Rechtscharakter bzw. direkten Rechtsfolgen verwirklicht wird. Dies gilt auch für Fälle, in denen durch die gleichen Formen Verpflichtungen auferlegt werden oder entstehen, einschließlich der Verpflichtung in Form der Duldung von Eingriffen der vollziehenden öffentlichen Gewalt.

Akte von Organen der öffentlichen Verwaltung können deklaratorischer (*deklaratorní*) Natur sein, wenn behördlich die Existenz von Rechten bestätigt wird, oder konstitutiv (*konstitutivní*), wenn es erst durch jene Akte selbst zur Begründung der Berechtigung kommt.

Als Beispiel kann das Gesetz Nr. 455/1991 Slg., über das gewerbliche Unternehmen (*živnostenský zákon* (Gewerbegesetz)), angeführt werden, das zwei Regelungsregime der Entstehung der Gewerbeberechtigung (§ 9) zugrunde legt: einmal bei den sog. Anmeldungsgewerben (*živnosti ohlašovacích*), bei denen die Gewerbeberechtigung allgemein am Tag der Anmeldung entsteht (§ 10 Absatz 1 lit. a), sofern die durch das Gesetz bestimmten Bedingungen erfüllt werden (§ 47 Absatz 1), und weiter bei den sog. konzessionierten Gewerben (*živnosti koncesované*), bei denen die Gewerbebehörde aufgrund eines entsprechenden Begehrens (§ 53) entscheidet und die Gewerbeberechtigung mit dem Tag des Eintritts der Rechtskraft der Entscheidung über die Erteilung der Konzession<sup>729</sup> (§ 10 Absatz 1 lit. b) entsteht. Im ersten Fall geht es um einen deklaratorischen Akt, wenn mit der Ausgabe der Gewerbeurkunde die bereits entstandene Berechtigung deklariert wird (soweit der Unternehmer nicht einen späteren Zeitpunkt der Entstehung bestimmt hat), während es sich im Zweiten um einen konstitutiven Akt handelt, auf dem die neue Berechtigung, ein konzessioniertes Gewerbe zu betreiben, beruht.<sup>730</sup>

Aufschlussreich sind bereits die Ausführungen *Jiří Pošvár*, wonach die Lehre vom sog. freien Ermessen der Verwaltungsorgane mit der Frage der konstitutiven (als Akte des freien

---

<sup>728</sup> Vgl. auch dazu Filip, J.: *Ústavní právo* (Verfassungsrecht), I. díl (Band), Masarykova univerzita Brno 1993; Pravliček, V. u. A.: *Ústava a ústavní řád České republiky* (Verfassung und Verfassungsordnung der Tschechischen Republik), 2. díl (Band), *Práva a svobody* (Rechte und Freiheiten), Linde Praha 1999.

<sup>729</sup> Eigentlich geht es um eine Erlaubnis „povolení“ (zu den Unterschieden vgl. unten).

<sup>730</sup> Verfahrensrechtlich galt früher bereits für letzteren Fall § 71 VwO a.F. (der alten Verwaltungsordnung), für den deklaratorischen Fall wurde in diesem Gewerbe regime verfahren und nur im Falle einer negativen Entscheidung eine Entscheidung erlassen (§ 47 Absatzes 5 und 6 des Gewerbegesetzes a. F.). Zur nunmehr geltenden Regelung des § 47 Absatzes 6 und 7 des Gewerbegesetzes n. F. und Problematik des Vorliegens einer Verwaltungsentscheidung vgl. unten.

Ermessens) und deklaratorischen Akte (als durch das Recht gebundene Akte) zusammenhängt.<sup>731</sup> Unbestritten ist, dass es bei deklaratorischen Akten keinen Raum für Verwaltungsermessen geben kann, da es sich aufgrund der bereits existierenden Berechtigung um eine gebundene Entscheidung handelt. In diesem Fall hat die Berechtigung eindeutig Anspruchscharakter.<sup>732</sup>

Bei konstitutiven Akten geht es um eine Entscheidung mit einem gewissen Maß an Freiheit, wenn nicht direkt in Form von Verwaltungsermessen<sup>733</sup>, so doch auf der Ebene der Möglichkeit, durch den gegebenen Akt die Bedingungen für den Vollzug der Berechtigung zu konkretisieren oder der Möglichkeit, die Äußerung oder Zustimmung eines anderen Organs der öffentlichen Gewalt vor dem Erlass des Verwaltungsakts und der Begründung der Berechtigung zu fordern.<sup>734</sup>

Insoweit kann - wie im deutschen Verwaltungsrecht - dort, wo gerade Raum für Verwaltungsermessen begründet wird, unmöglich ein Anspruch gegeben sein (nicht im Sinne eines Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung), und umgekehrt, soweit in der Rechtsvorschrift ein Anspruch begründet wird, notwendig auch mit der gleichzeitigen Bestimmung der Bedingungen für seine Entstehung, also soweit dann diese Bedingungen erfüllt sind, ist kein Raum mehr für freies Ermessen im Sinne von Verwaltungsermessen. Das Verwaltungsorgan ist verpflichtet, in der von der Rechtsnorm vorausgesetzten Weise zu verfahren bzw. zu entscheiden. Anspruch (*nárok*) und Verwaltungsermessen (*správní uvážení*) schließen sich also gegenseitig aus.

Ein Beispiel für Fälle, in denen typischerweise trotz Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen kein Anspruch besteht (*nenárokové případy*)<sup>735</sup>, sind die sog. Konzessionsfälle<sup>736</sup>. Auch in diesen

---

<sup>731</sup> Vgl. Pošvár, Jiří: *Obecné pojmy správního práva (Allgemeine Begriffe des Verwaltungsrechts)*, Československý akademický spolek Právnik Brno, 1946, S. 83.

<sup>732</sup> Vgl. Hendrych, Dušan a kol. (u. a.): *Právní slovník (Rechtswörterbuch)*, 1. Aufl., C. H. Beck Praha 2001, Stichwort „subjektivní právo“ („subjektives Recht“). Eine andere Frage ist die der Ermessensreduktion (in Deutschlang unter dem Begriff „Ermessensreduzierung auf Null“ bekannt).

<sup>733</sup> Dies betrifft insoweit nur die sog. „echten“ Konzessionsfälle (vgl. unten), bei denen ein Anspruch nicht gegeben ist.

<sup>734</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 78, die die Frage der Beanspruchung (*nárokovost*) als dann nicht ganz eindeutig bezeichnet. Klarstellend muss aber unterschieden werden zwischen sog. „echten“ und „unechten“ Konzessionsfällen (Letzteres gilt auch für die sog. konzessionierten Gewerbe nach dem Gewerbegesetz).

<sup>735</sup> Zur Unterscheidung in Entscheidungen der Verwaltung über „Anspruch-“, („náročí“) und „Nichtanspruchs-“, („nenárokové“) Rechtspositionen oder –güter (*právní pozice či statky*) vgl. allgemein auch 2 Afs 159/2005-43.

<sup>736</sup> Vgl. Hácha, Emil: *Slovník veřejného práva československého (Lexikon des tschechoslowakischen öffentlichen Rechts)*, Band II, Polygrafia Brno 1932, Stichwort „Koncese“ („Konzession“), S. 279; Horzinková, Eva: *Koncesní systém v živnostenském podnikání (Konzessionssystem im gewerblichen Unternehmertum)*, Praha Anag 2002, S. 41 ff. In beiden Quellen wird die „Mannigfaltigkeit“ bzw. Uneinheitlichkeit der im Gesetz verwandten Terminologie betont. Diese Situation hat sich während langer Jahre nicht geändert. Die sog. konzessionierten Gewerbe sind rechtlich auch kein Konzessionsfall in dem oben beschriebenen Sinn, denn bei Vorliegen aller durch das Gewerbegesetz bestimmten Voraussetzungen besteht auf die Gewerbeberechtigung –

Fällen darf die Behörde freilich nicht Willkür walten lassen, auch besteht kein Raum für ein absolutes, gänzlich ungebundenes Ermessen. Wenn die konkrete rechtliche Regelung keine Gesichtspunkte für das Zuerkennen einer solchen Berechtigung bestimmt, dann ist es erforderlich, bei der Entscheidung von den allgemeinen Anforderungen des Rechtsstaats, den allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts (*obecné principy správního práva*) sowie den Prinzipien der guten Verwaltung (*obecné principy dobré správy*) auszugehen.

Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit versteht sich von selbst, dass die Beantwortung der Frage nach Bestehen eines derartigen, ein Verwaltungsermessen ausschließenden Rechtsanspruchs grundlegend ist. Wenn diese Frage nicht durch die Eindeutigkeit der rechtlichen Regelung beantwortet wird, muss sie durch die rechtsanwendende Praxis bzw. die Rechtsprechung gelöst werden.

#### eee) Klarheit und Bestimmtheit der Ermessensregelung

Diese Problemstellung setzt sich in der Frage der Klarheit und Bestimmtheit der Regelung von Ermessen fort. Die Unbestimmtheit oder Unklarheit der Eingliederung des Verwaltungsermessens in Rechtsvorschriften kann von Mängeln in der gesetzgebungstechnischen Ausarbeitung der Rechtsnormen oder vom Unbewusstsein des Normschöpfers zeugen. Letzteres bedeutet die Situation, dass der Schöpfer der Rechtsvorschrift sich nicht der Bedeutung der dem Verwaltungsorgan übertragenen Befugnis zur freien Entscheidung und infolgedessen bewusst ist, dass es dem Verwaltungsorgan diesen Raum zur Äußerung des eigenen Willens überträgt. Eine diesbezügliche Unbestimmtheit oder Unklarheit bringt für das rechtsanwendende Verwaltungsorgan Schwierigkeiten und die Notwendigkeit mit sich, die Gefahr einer unrichtigen Auslegung und gegebenenfalls die Zulassung eines freien Ermessens dort oder so zu riskieren, wo oder wie es vom Gesetzgeber nicht gedacht war. Für die Adressaten der öffentlichen Verwaltung resultiert aus dieser Unbestimmtheit oder Unklarheit Rechtsunsicherheit, wenn nicht direkt die Verletzung ihrer Rechte.

Die Unklarheit in der Begründung des Verwaltungsermessens für den Rechtsanwender kann Ergebnis des Gebrauchs anspruchsvollerer auf Ausbreitung der Regelung eines Falles bzw.

---

den Erlass der Konzessionsurkunde - ein Rechtsanspruch (vgl. Horzinková, E.: a. a. O., S. 52 f.; klarstellend insoweit Staša, J./Srbová, I: a. a. O., Seite XI. Dazu noch ausführlicher vgl. unten).

der Entscheidungsbefugnis auf mehrere Rechtsnormen oder „Zerstreuung“<sup>737</sup> der Regelung in einigen Rechtsvorschriften beruhenden Gesetzgebungstechnik. Einen Beitrag zur Lösung der Frage des Gebundenheits- und Freiheitsmaßes leistet ein ausreichender Grad an Bestimmtheit. Soweit ein eindeutiger, auch nicht mittels systematischer Auslegung zu klärender Fall auftritt, der kein Verwaltungsermessen, Unklarheit oder Unbestimmtheit zulässt, steht er im Widerspruch zu den Prinzipien des Rechtsstaats, da Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die gesetzlichen Grenzen des Wirkungsbereichs der öffentlichen Verwaltung verursacht wird.<sup>738</sup>

#### ee) Bestimmung der Grenzen des Ermessensgebrauchs

Von größter Bedeutung bei der Untersuchung des Verwaltungsermessens ist es im Hinblick auf die negative Seite des Bestimmtheitsgebots, die Grenzen des Ermessens ausfindig zu machen, denn diese bestimmen anhand von Kriterien erst den eigentlichen Ermessensspielraum. Die Frage wiederum, ob diese Grenzen überschritten werden, ist dann namentlich Erkenntnisgegenstand der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die kriterienmäßige Bestimmung dieser Grenzen ist in einem nachfolgenden Abschnitt eigens zu behandeln.

Während die ältere Regelung der ZPO von „*nevybočeni*“ („nicht überschreiten, abweichen“) sprach, verwendet die neuere der VwPO den Begriff „*nepřekročení*“ („nicht (hin-)überschreiten“)<sup>739</sup>, was aber einhellig keinen Unterschied macht. Wichtiger erscheint dagegen, dass der Begriff „*meze*“ („Grenze“) auch die Form, die Art und Weise des Ermessensgebrauchs mitumfasst.

Am öftesten finden sich ausreichend konkrete Bestimmungen der Grenzen in den die Geltendmachung der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit begründenden Regelungen, wo die Arten und Rahmen<sup>740</sup> bzw. Dauer<sup>741</sup> der in Betracht kommenden Sanktionen genau bestimmt

---

<sup>737</sup> Skulová, a. a. O., S. 80 mit einem Beispiel zur Art und Weise der Begründung der Befugnis der Katasterbehörden zur Behandlung von Verwaltungsübertretungen auf dem Gebiet des Liegenschaftskatasters nach dem Gesetz Nr. 344/1992 Slg., über das Liegenschaftskataster der Tschechischen Republik (Katastergesetz), indem subsidiär auf die Anwendung der allgemeinen Vorschriften für beide Arten von Verwaltungsdelikten über eine Anmerkung auf das Gesetz über Verwaltungsübertretungen und die damals noch gültige VwO verwiesen wurde.

<sup>738</sup> Vgl. auch die Entscheidung des Verfassungsgerichts oben ??? (Vertragsfamilie Kinder ...).

<sup>739</sup> Vgl. § 245 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 99/1963 Slg., der bis zum 31.12.2002 gültigen ZPO a. F., und § 78 Absatz 1 VwPO.

<sup>740</sup> Vgl. z. B. § 11 Absatz 1 (Bestimmung der Sanktionsarten) und § 13 Absatz 1 und 2 des Gesetzes über Verwaltungsübertretungen (Bestimmung allgemeiner maximalen Höhen der Geldbuße mit individuellen Abweichungstatbeständen).

<sup>741</sup> Vgl. § 14 des Gesetzes über Verwaltungsübertretungen (Bestimmung der maximalen Zeit des Tätigkeitsverbots); zu beiden Beispielen (Fn. 664 und 665) vgl. auch § 19 Absatz 3 und 4.

werden. Konkrete Grenzen lassen sich aber auch bei anderen gesetzlich geregelten Begrenzungen von Entscheidungsarten oder Maßnahmen der Organe der öffentlichen Verwaltung antreffen.<sup>742</sup>

Das Erfordernis der Bestimmung der Grenzen des Verwaltungsermessens in Rechtsvorschriften resultiert aus dem Bestimmtheitsgebot, das sich in seiner Intensität nach der des Eingreifens in subjektive Rechte richtet.

Gelegentlich wird in diesem Zusammenhang abermals die Begrifflichkeit des „absoluten Ermessens“<sup>743</sup> erwähnt. Selbst wenn ausdrücklich keine Grenzen für das gegebene (Handlungs-)Ermessen bestimmt sind, so gelten auch für diesen Fall die rechtsstaatlichen Prinzipien, insbesondere der Grundsatz der Gewaltenteilung. In solchen Fällen unterliegt gegebenenfalls der Ermessensmissbrauch (*zneužití uvážení*) der gerichtlichen Überprüfung.<sup>744</sup>

Der Begriff „*meze*“ *správního uvážení* („Grenze“ des Verwaltungsermessens)<sup>745</sup> hat dabei seine Tradition und findet seine Stütze in der Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der bis zum 31.12.2002 gültigen Fassung des § 245 Absatz 2 ZPO als auch in der in § 78 VwPO verwendeten Formulierung. In beiden spricht das Gesetz von den Grenzen des Verwaltungsermessens, und das Gericht prüft deren Überschreiten im Rahmen der Gesetzmäßigkeitskontrolle<sup>746</sup> und allgemein – nach der neuen Regelung ausdrücklich – im Rahmen der Gewährung gerichtlichen Schutzes öffentlicher subjektiver Rechte natürlicher und juristischer Personen.<sup>747</sup>

---

<sup>742</sup> Als Beispiel lässt sich die Art des begründeten strukturierten Verwaltungsermessens anführen, die Wahl, das Ermessen der Art der Gewährleistung der örtlichen öffentlichen Ordnung in der Gemeinde, die nach dem Gesetz Nr. 128/2000 Slg., über Gemeinden und das gemeindliche Verfahren, in den gemeindlichen Wirkungsbereich fällt (vgl. dazu §§ 10 lit. a und b, 84 Absatz 2 lit. s, 58 Absatz 2, 3, 4, 35 Absatz 2).

<sup>743</sup> Begrifflich tauchen die Bezeichnungen „absolutní diskrece“, „absolutní volné uvážení“, etc. auf. Vgl. Mazanec, Michal: Neurčité právní pojmy, volné správní uvážení, volné hodnocení důkazů a správní soud (*Die unbestimmten Rechtsbegriffe, das freie Verwaltungsermessen, die freie Beweiswürdigung und das Verwaltungsgericht*), Bulletin advokacie 4/2000, S. 14 f. mit einschlägigen Gesetzesbeispielen.

<sup>744</sup> Vgl. § 78 Abs. 1 VwPO a. E. Es liegt demnach nicht bereits ein Ausschluss von gerichtlicher Überprüfung bei den Fällen vor, in denen kein Rechtsanspruch besteht, so aber § 248 Abs. 2 i) ZPO aF (bis 31.12.2002). Vgl. auch Mazanec, a. a. O. und die bereits zitierten Urteile des Prager Obergerichts Gz. 6 A 6/92-3 vom 15.10.1992 und Gz. 6 A 1/94-43 vom 4.8.1995.

<sup>745</sup> In der angloamerikanischen Literatur und der Rechtsprechung des EGMR wird der Terminus „scope“ verwendet, der mit Rahmen, Umfang oder Bereich zu übersetzen ist (vgl. Silver et al. Vereinigtes Königreich, 1983 A-61, dass das das Ermessensfreiheit übertragende Gesetz den Umfang eines solchen Ermessens bestimmen muss (es wird aber die Konkretisierung vor allem durch eine Vorschrift oder Instruktion – unter Erfüllung der Bedingung des Prinzips der Vorhersehbarkeit – zugelassen).

<sup>746</sup> Bereits Macur betont, dass Gesetzmäßigkeit und Ermessen sich nicht ausschließen, denn es geht um durch die Rechtsordnung bestimmte Grenzen des Ermessens, die das Verwaltungsorgan nicht überschreiten darf (Macur, Josef: a. a. O., S. 50; vgl. Stichwort „NSS“ in: Slovní v. p. č., Band II, S. 843).

<sup>747</sup> Nach der alten Regelung nur gegenüber Entscheidungen von Organen der öffentlichen Verwaltung, nach der neuen auch gegenüber gesetzeswidrigen Eingriffen der Verwaltungsorgane und ihrer (gesetzeswidrigen) Betätigung (vgl. § 4 Abs. 1 b) VwPO).

Von besonderer Bedeutung ist also die Bestimmtheit der rechtlichen Regelung in Bezug auf die Ermessensgrenzen. Insoweit bestimmt der EGMR in ständiger Rechtsprechung, dass kein Widerspruch zum Erfordernis der Vorhersehbarkeit<sup>748</sup> vorliegt, sofern das die Ermessensfreiheit einräumende Gesetz nicht von dem angeführten Erfordernis abweicht - wenn auch die Voraussetzungen erfüllt sind - dass der Umfang des Ermessens und die Art seiner Durchführung mit hinreichender Bestimmtheit festgelegt werden, wodurch der legitime Zweck beachtet wird, dass der Einzelne den nötigen Schutz vor einem durch Willkür begründeten Eingriff erfährt.<sup>749</sup> Der EGMR betont wiederum auch, dass das Gesetz die Umstände und Voraussetzungen definieren soll, unter denen die Betätigung der Behörde in den Schutzbereich der Rechte eingreifen kann, und das Gesetz muss den Umfang einer jeden der zuständigen Behörde übertragenen Ermessensfreiheit und die Weise ihres Vollzugs, und das mit ausreichender Klarheit bestimmen.<sup>750</sup>

Die Notwendigkeit der Bestimmung der Ermessensgrenzen ergibt sich schon aus dem Prinzip der Gesetzesbindung nach Art. 2 Absatz 3 der Verfassung und dem rechtsstaatlichen Prinzip der Rechtssicherheit, der bei Fehlen einer gesetzlichen Begrenzung auch nicht mit einer systematisch-teleologischen Auslegung oder einer Analogie mangels hinreichender Konkretheit begegnet werden kann.<sup>751</sup>

Gestützt wird dies durch die Rechtsprechung. Das Verfassungsgericht urteilte im Hinblick auf das Prinzip der Vorhersehbarkeit des Gesetzes am Beispiel des Gesetzes Nr. 148/1998 Slg., über den Schutz geheimer Tatsachen:

„Verfassungsmäßig zulässig ist nur die gesetzliche allgemeine Begrenzung gefährlicher Risiken, in deren weiten Rahmen den zuständigen Organen ausreichender Raum für Ermessen überlassen wird, keineswegs aber die gesetzliche Verleihung von Raum für die Schaffung ganz neuer gefährlicher Risiken, die der Gesetzgeber nicht sanktioniert hat.“<sup>752</sup>

Das Prager Obergericht konstatierte in seinem Urteil vom 25.01.2000:

---

<sup>748</sup> In der tschechischen Verwaltungsrechtstheorie findet sich ausdrücklich das Prinzip der Vorhersehbarkeit der Handlungen der Verwaltung, vgl. Wintr, a. a. O., S. 59, Prinzip (12).

<sup>749</sup> Vgl. Fall Margareta und Roger Andersson vom 25.2.1992, A226-A oder das abweichende Votum der Richter Jörundssona, Türmena und Maruste im Fall Oliveira vom 4.6.2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-IV.

<sup>750</sup> Vgl. Fall Silver u. a. vom 25.3.1983, A61 sowie Fall Malone vom 2.8.1984, A82. Beide Fälle können auf der Datenbank des EGMR eingesehen werden.

<sup>751</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 86 f. mit einem erläuternden Beispiel aus dem Polizeigesetz (§§ 21, 39 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 283/1991 Slg.).

<sup>752</sup> Pl. ÚS 11/2000, Nr. 113/2000 Slg. VG, Bd. 5.

„Nur durch Gesetz (und keineswegs durch Ausführungsvorschrift der Exekutive) können [lze] Bedingungen bestimmt werden, unter denen den Bürgern ein Recht oder eine Verpflichtung entsteht oder untergeht.“<sup>753</sup>

Die Komplexität der tschechischen Regelungen auf dem Gebiet des Vollzugs der öffentlichen Verwaltung führte dazu, dass nicht für alle Entscheidungsprozesse eine einschlägige Regelung gefunden werden konnte. Das Verfassungsgericht hat mit Rücksicht darauf entschieden, dass die ausschließliche Anwendung der allgemeinen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren bei Fehlen anderer Regeln einen Widerspruch zu Art. 36 Absatz 1 der Urkunde begründet, in der das Recht eines jeden auf ein festgelegtes, seinen Rechten gerecht werdendes Verfahren geregelt ist.<sup>754</sup> Wenn daneben zugleich die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung ausgeschlossen ist, liegt ebenfalls ein Widerspruch zum Prinzip der Rechtssicherheit und der berechtigten Erwartung (*legitimní očekávání*), infolgedessen eine Verletzung des dem Art. 2 Absatz 2 der Urkunde korrespondierenden Art. 2 Absatz 3 der Verfassung vor.<sup>755</sup>

Im Rechtsstaat kann die Existenz von Regeln der Art der Verwirklichung des Ermessens in formaler-prozessualer Hinsicht, vor allem im Bereich der Geltendmachung sog. öffentlicher subjektiver Rechte, namentlich der Grundrechte und Grundfreiheiten, zurecht erwartet werden.<sup>756</sup>

Dazu judizierte das Verfassungsgericht:

„Nach Art. 36 Absatz 1 der Urkunde der Grundrechte und –freiheiten kann jeder sein Recht durch ein bestimmtes Verfahren bei einem unabhängigen und unparteiischen Gericht und in bestimmten Fällen bei einem anderen Organ anstreben. Die angeführte Bestimmung der Urkunde der Grundrechte und –freiheiten erfordert folglich für alle Fälle der Entscheidung über Rechte ein bestimmtes Verfahren oder eine prozessuale Regelung, die die Gleichheit und den Ausschluss von Willkür garantiert.“

Dabei ging es um die Regelung des Verfahrens der Zulassung zum Studium an einer Hochschule, das nicht im Gesetz über Hochschulen geregelt war, woraus das Verfassungsgericht ableitete, dass Hochschulen als Selbstverwaltungssubjekte das Verfahren der Entscheidung über Rechte bestimmen sollen, wenn dieses Verfahren nicht durch Rechtsvorschriften bestimmt wird.<sup>757</sup>

---

<sup>753</sup> Urteil des Prager Obergerichts vom 25.1.2000, Gz. 6 A 1/99-51.

<sup>754</sup> Pl. ÚS 14/96, Slg. ÚS, Band 6, S. 323 ff.

<sup>755</sup> Pl. ÚS 27/97, Slg. ÚS, Band 11, S. 67.

<sup>756</sup> So Skulová, S.: a. a. O., S. 89 f.

<sup>757</sup> III. ÚS 226/95, Slg. ÚS, Band 5, 1997, S. 467 ff.



Einen abweichenden Standpunkt in der Sache Pl. ÚS 3/96 in der Sache II. ÚS 229/95 (in der das Verfassungsgericht von der angeführten Ansicht in gewissem Maße abwich, wenn es die Unmöglichkeit der Priorisierung formaler Herangehensweisen vor inhaltlichen betonte, gegen die irgendetwas einzuwenden allgemein unmöglich ist), der eine Kontinuität in der oben zuvor ausdrücklichen Rechtsansicht und ihrer eingehenderen Begründung darstellt, äußerten in dieser Sache die Richter *P. Holländer*, *V. Jurka* und *V. Ševčík*, die zu dem Problem anführten, dass in einem demokratischen Rechtsstaat sich eine gerechte und teleologische Beurteilung der Sache im Rahmen vor den bestimmten prozessualen Regeln „bewegt“. Nach ihrer Auffassung sind prozessuale Regeln verfassungsmäßig erforderlich, bei denen das Argument möglichen Missbrauchs prozessualer Regeln, das durch die Ablehnung eines allgemeinen Erfordernisses ihrer Existenz begründet wird, im Ergebnis die Bezweiflung eines der grundlegenden Axiome der angelsächsischen und europäisch-kontinentalen demokratischen Rechtskultur bedeutet, wonach die Priorität prozessualer Garantien konsequenterweise auch eine materiellrechtliche Garantie darstellt.<sup>758</sup>

Dieses Erfordernis ist Ausdruck der Eingliederung des Rechts auf ein gerechtes Verfahren in die Liste der Grundrechte.<sup>759</sup>

Die Frage nach der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungsermessens führt auch zur Frage nach der Zweckgerichtetheit (*účelovost*) als einem weiteren inhaltlichen Aspekt, was folgend zu untersuchen ist.

### c) Inhaltliche Aspekte des Verwaltungsermessens: Gesetzmäßigkeit, Zweckgerichtetheit und das öffentliche Interesse

#### aa) Aufgaben und Ziele der öffentlichen Verwaltung – Zweck und Sinn des Gesetzes

Als Ausgangspunkt für die Bestimmung der das Verwaltungsermessens begrenzenden Kriterien und Gesichtspunkte dient der Zweck<sup>760</sup> der gesetzlichen Regelung.

*Skulová* wählt als weiteren rechtstheoretischen Rahmen ihrer Untersuchung hinsichtlich der Kriterien und Gesichtspunkte der Gebundenheit des Ermessens die Naturrechtskonzeption von

---

<sup>758</sup> Vgl. Slg. ÚS, Band 7, S. 45.

<sup>759</sup> Art. 36 ff. der Urkunde; Art. 6 EMRK (veröffentlicht –entsprechend der monistischen Konzeption der Übernahme von Völkerrecht in die tschechische Verfassungsordnung - unter der Nr. 209/1992 Slg.).

<sup>760</sup> Diese Frage ist keinesfalls zu verwechseln mit der der Zweckmäßigkeit (*účelnost*). Erstere ist gerade eine Frage der Rechtmäßigkeit.

Ronald M. Dworkin<sup>761</sup>, wonach von der Existenz von „Standards, die nicht als Regeln dienen, sondern anders funktionieren“ auszugehen ist, wobei einmal Prinzipien, aber auch Politiken und weitere Formen von Standards geeignete Beispiele darstellen.<sup>762</sup> Die vorliegende Untersuchung wird versuchen, nur mit den Konzepten der tschechischen Rechtsdogmatik auszukommen, in der aber auch Rechtsprinzipien eine entscheidende Rolle spielen. Damit lässt sich freilich eine gewisse „Nähe“ zur Lehre Dworkins nicht vermeiden.<sup>763</sup>

In der älteren Literatur wurde noch eine Trennung eines Rechts- von einem Zweckelement der verwaltungsrechtlichen Regelung vorgenommen.

Pate stand dieser Auffassung bereits der Motivenbericht des ersten Regierungsentwurfs des Gesetzes über die Errichtung des Verwaltungsgerichtshofs aus dem Jahr 1873, der von einer Aufteilung des Verhältnisses zwischen Staat und Einzelem in zwei Bereiche ausging, d. h. in einen Bereich der Gewaltverhältnisse und einen Bereich der Rechtsverhältnisse, und nur in Letzterem finden sich öffentliche subjektive Rechte. Der andere Bereich der „Zweckmäßigkeit“ (*účelnost*) sollte einer der „reinen Verwaltung“, frei von subjektiven Rechten der Bürger sein und sich mit dem Bereich des freien Ermessens (*volné uvážení*) decken. Aber bereits der Ausschuss der damaligen Abgeordnetenkammer bemerkte, dass der Verwaltung freies Ermessen auch innerhalb der durch viele Gesetze bestimmten Regeln überlassen wird. Diese Erkenntnis führte dann zum bereits erwähnten Ausschluss von „Angelegenheiten, in denen und soweit die Behörden berechtigt sind, nach freiem Ermessen zu verfahren“ aus dem Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsgerichts (§ 3 lit. e des Gesetzes Nr. 36/1875 RSlg., über die Errichtung des Verwaltungsgerichts).<sup>764</sup>

---

<sup>761</sup> Dworkin, Ronald M.: *Když se práva berou vážně* (Bürgerrechte ernst genommen), Oikoymenth Praha 2001, S. 43.

<sup>762</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 91 (vgl. auch S. 95, 132, 141 und 145). Gegen die Naturrechtskonzeption Dworkins wendet sich als Vertreter einer sog. normativistischen Institutionentheorie der Rechtspositivist Weinberger, Ota: Die Naturrechtskonzeption von Ronald Dworkin in: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen: Gedächtnisschrift für René Marcic*, hrsg. von Dorothea Mayer-Maly und Peter M. Simonis, Duncker und Humblot Berlin 1983, S. 497 ff.

<sup>763</sup> Vgl. auch die Auffassung von J. Prusák, der sog. policies als Zwecke voraussetzt und Ziele (goals) als politische, ökonomische und soziale Bedürfnisse der Gemeinschaft bezeichnet (Prusák, J.: *Principy v právnej teórii a právnej praxi*, in: *sborník Právni principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law*, hrsg. von J. Boguszak, Vydavatelství 999 Pelhřimov 1999, S. 47, dessen Schema, ausgehend von Herbert L. A. Hart (Hart, Herbert Lionel Adolphus: *The concept of law*, Oxford 1961) und Ronald M. Dworkin (Dworkin, Ronald: *Když se práva berou vážně* (Bürgerrechte ernst genommen), Praha 2001), die Rolle von Prinzipien und Zwecken in sog. komplizierten Angelegenheiten (hard cases) darstellend, die Beziehung und potentielle Konkurrenz von Prinzipien und Zwecken sehr anschaulich erläutert.

<sup>764</sup> Vgl. Hácha, E.: Stichwort „NSS“, SVP, díl (Band) II., S. 828 f.

Die Verwaltung wurde begriffen als „nichtgerichtliche Tätigkeit mit dem dauernden Zweck, deren Angelegenheiten zu lenken“<sup>765</sup> oder „jede gezielte menschliche Tätigkeit, die sich auf die Erreichung bestimmter menschlicher Zwecke richtet“<sup>766</sup>. Aus ursprünglich normativ-rechtlicher Sicht wurde die Verwaltung als wirtschaftlicher Begriff und nicht als rechtlicher angesehen.<sup>767</sup>

Für das heutige Begriffsverständnis bedeutender setzte sich mit dem Verhältnis des Rechts- und Zweckmerkmals auch *J. Pošvář* auseinander. Er kam zu dem Schluss, dass die Verwaltung ein rechtspolitischer Begriff ist. Er stellt fest, dass sich die Merkmale zumindest in einem noetischen Sinn<sup>768</sup> gegenseitig ausschließen, aber insoweit an einander anknüpfen, dass dort, wo eine Rechtsnorm existiert, kein Raum für ein Postulat – das Ziel und den Zweck – ist, und erst dort, wo die Rechtsnorm nicht greift, der inhaltlich im Postulat enthaltene Zweck geltend gemacht werden kann, oder, dass

„dass das verwaltende Subjekt in erster Linie die Rechtsordnung zu achten hat und erst dort, worauf sich diese nicht bezieht, es nach seinen Zweckerwägungen ein solches oder anderes Verfahren wählen kann, das es nach seinem freien Ermessen [*volná úvaha*] als geeignet betrachtet“<sup>769</sup>.

Sowohl die Herangehensweise der normativen Schule als auch der von *Pošvář* formulierte Zugang erscheint vor dem Hintergrund des heutigen Begriffsverständnisses von Verwaltung als unzureichend<sup>770</sup>, da die gesamte Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung den grundlegenden verfassungsmäßigen und gesetzlichen Regelungen untergeordnet ist und darüber hinaus auch viele Postulate in Rechtsvorschriften, auch in solchen stärkerer Rechtskraft, selbst ausgedrückt werden, also Rechtmäßigkeit und Zweckgerichtetheit nicht als zwei unterschiedliche Bereichskategorien nebeneinander stehen, sondern sich umgekehrt durchdringen und überlappen. Die Verwaltung kann gebunden sein, aber trotzdem Zweck erfüllen.

*Hácha* formulierte bereits zutreffend:

---

<sup>765</sup> Pražák, J.: a. a. O., S. 1.

<sup>766</sup> Merkl, A.: *Obecné právo správní (Allgemeines Verwaltungsrecht)*, díl II (*Band II*), Orbis Praha – Brno 1931, S. 2.

<sup>767</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 92.

<sup>768</sup> Vgl. Pošvář, Jiří: *Obecné pojmy správního práva (Allgemeine Begriffe des Verwaltungsrechts)*, Československý akademický spolek Právnick Brno 1946, S. 25.

<sup>769</sup> Pošvář, J.: a. a. O., S. 25.

<sup>770</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 92.

„[...] gegen die gesetzliche Gebundenheit der Verwaltung lässt sich nur ihre Freiheit stellen, nicht die Zweckmäßigkeit“.<sup>771</sup>

Ob im konkreten Fall die „Zweckgerichtetheit“ oder „Rechtmäßigkeit“ im Sinne der Gebundenheit durch die konkrete rechtliche Regelung überwiegt, bestimmt sich nach der Natur des Problems, der zu lösenden Aufgabe und im Zusammenhang mit der einschlägigen rechtlichen Regelung.<sup>772</sup>

Der rechtliche Aspekt ist immer zumindest in Form der bestimmten Befugnis und des Wirkungsbereichs des Entscheidungssubjekts präsent, das Zweckmerkmal äußert sich, es wird abstrakt zumindest durch das öffentliche Interesse (*veřejný zájem*) repräsentiert<sup>773</sup>, durch den Zweck, dem sich die gesamte Aktivität der öffentlichen Verwaltung unterzuordnen hat.

Die gewöhnliche rechtsanwendende Tätigkeit erfordert tatsächlich allgemein nicht das Auffinden der Aufgaben und Ziele der öffentlichen Verwaltung, da diese in der Regel bereits durch den Gesetzgeber und die Übernahme in die konkreten rechtlichen Regelungen formuliert wurden. Dagegen müssen durch die rechtsanwendende Praxis der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung bei der Anwendung von Verwaltungsermessen enthaltenen Normen ermittelt werden, da dieses nur innerhalb des dadurch gebildeten Rahmens ausgeübt werden kann. Zur Bestimmung des Sinns und Zwecks der rechtlichen Regelung ist vor allem die systematische und teleologische Auslegung heranzuziehen.<sup>774</sup>

*Vopálka* betont die Bedeutung der Zweckkategorie in der Hinsicht, dass sie den Missbrauch der Ermächtigung (*zneužívání pravomoci*) verhindert.<sup>775</sup> Der Sinn und Zweck des Gesetzes stellen so wichtige Kriterien für die gerichtliche Überprüfung der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungsermessens dar. Der zitierte Autor bemerkt, dass das Ziel der Verwaltung immer das öffentliche Interesse ist, und nicht ein privates Interesse, das in der Norm weiter konkretisiert werden kann.

---

<sup>771</sup> Hácha, E.: a. a. O., S. 840.

<sup>772</sup> Als überwiegend zweckgerichtet werden Entscheidungen in den Fällen angesehen, die das Ziel durch genaue, am besten zahlenmäßige Definition zu erreichen ermöglichen.

<sup>773</sup> Es wird damit an die Lehre von Pražák angeknüpft. Die Frage der Formulierung der Aufgaben und Ziele der öffentlichen Verwaltung, der Verwaltungspolitik, und deren Übernahme in die organisatorische Struktur der öffentlichen Verwaltung fällt in den Bereich der Verwaltungswissenschaft als die öffentliche Verwaltung als reales System untersuchender Bereich (Hendrych, D.: *Základy správní vědy* (Grundlagen der Verwaltungswissenschaft), ASPI Praha.

<sup>774</sup> Vgl. II. ÚS 277/99, Slg. ÚS, Band 24, S. 35 (zur teleologischen Auslegung); III. ÚS 263/01, a. a. O., S. 385 (zur Auslegung im Einklang mit dem Zweck des Gesetzes und seiner Struktur); Pl. ÚS 23/2000, Slg. ÚS, Band 23, S. 73 (zur Auslegung einer Anmerkung und Norm, auf die die Anmerkung verweist, in Übereinstimmung mit der verweisenden Norm und folglich in Übereinstimmung mit der ganzen Rechtsordnung).

<sup>775</sup> Vopálka, V. in Hendrych, D. u. A.: a. a. O., 4. Auflage, S. 43.

Der Zweck, das Ziel und der Sinn der rechtlichen Regelung sind entweder vollständig konkret und ausdrücklich formuliert, im Rahmen der ganzen Rechtsvorschrift zu suchen oder müssen aus der grundlegenden rechtlichen Abgrenzung des vorliegenden Gebietes der öffentlichen Verwaltung im öffentlichen Interesse ermittelt werden. Damit wird der unbestimmte Rechtsbegriff des öffentlichen Interesses („*veřejný zájem*“) als Zielkategorie in das Prinzipiensystem bei der Zweck-, Ziel- und Sinnfindung rechtlicher Regelungen eingeordnet.<sup>776</sup> Das Verwaltungsermessen soll stets der Erfüllung der durch das Gesetz oder die Rechtsordnung bestimmten oder vorgesehenen Ziele und Zwecke dienen, die zusammengefasst im Begriff des öffentlichen Interesses zum Ausdruck gebracht werden<sup>777</sup>.

#### bb) Der Begriff „öffentliches Interesse“ („*veřejný zájem*“)

Es ist Aufgabe der Organe der öffentlichen Verwaltung – entsprechend wie bei den übrigen Organen der öffentlichen Gewalt – das öffentliche Interesse im Einklang mit dem Prinzip der Legalität geltend zu machen und zu schützen.<sup>778</sup>

*Hoetzel* formulierte bereits, dass bei der Feststellung der Existenz des öffentlichen Interesses es nicht um freies Ermessen geht, sondern um die Lösung einer Rechtsfrage oder die Feststellung, ob und in welchem Umfang dieses öffentliche Interesse gegeben ist, was gelegentlich die Analyse des ganzen Inhalts und der Absicht des Gesetzes erfordert.<sup>779</sup>

*Skulová* bezeichnet diesen nicht legaldefinierten sog. unbestimmten Rechtsbegriff nicht als „Einen unter Vielen“, sondern als einen Begriff mit inhaltlicher Ausrichtung auf die Verwaltung als Ganzes.<sup>780</sup> Er steht für ein

„solches Interesse bzw. Interessen, die als allgemein oder öffentlich bzw. allgemein nützlich zu bezeichnen möglich wäre[n], Interessen, deren Träger näher nicht bestimmte nichtsdestotrotz zumindest rahmenmäßig determinierte Kreise oder eine Gemeinschaft von Personen als sog. Öffentlichkeit sind, gegebenenfalls Interessen, bei denen es um das sog. Gemeinschaftsinteressen (gesamtgesellschaftliche Interessen) geht“<sup>781</sup>.

---

<sup>776</sup> Vgl. im Ergebnis *Skulová*, a. a. O., 95.

<sup>777</sup> Vgl. auch *Weyr* zum Begriff des öffentlichen Interesses im Verwaltungsverfahren.

<sup>778</sup> Vgl. *Pomahač*, R.: a. a. O., S. 143.

<sup>779</sup> *Hoetzel*, J.: Stichwort „*Zájmy veřejné*“ („Öffentliche Interessen“), in: *Slovník veřejného práva*, Masarykova univerzita Brno, 1998, S. 355.

<sup>780</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 97.

<sup>781</sup> *Průcha*, P.: Stichwort „*Veřejný zájem*“ („Öffentliches Interesse“), in: *Základy pojmy a instituty správního práva*, Masarykova univerzita Brno 1998, S. 355.

Der Begriff „öffentliches Interesse“ findet sich oftmals in der Literatur und Rechtsvorschriften, die Verwendung des Singulars bedeutet nicht, dass ein solches universales sämtliche Verwaltungstätigkeiten beherrschendes öffentliches Interesse existieren muss<sup>782</sup>. Umgekehrt wird mit der Erwähnung des öffentlichen Interesses einer seiner für einen konkreten Bereich der öffentlichen Verwaltung oder konkreten Fall bestimmten Erscheinungen betroffen. Mit der wachsenden Konkretheit rechtlicher Regelungen und der zu lösenden Angelegenheiten nimmt die Vielzahl und Verschiedenartigkeit oder gar Gegensätzlichkeit dieser einzelnen öffentlichen Interessen zu. Es ist Aufgabe des rechtsanwendenden Organs, aus der Skala oder Struktur der verschiedenen öffentlichen Interessen das überwiegende Interesse zu erkennen und vorzuziehen. Eine solche Situation kann sich gerade bei der Ausfüllung des Raums für freies Ermessen abspielen<sup>783</sup>.

Beispiel der Strukturiertheit des öffentlichen Interesses kann die Regelung von Grundsätzen für den Umgang mit dem Eigentum der Gemeinden, wo sich einige gleichbestimmte Zwecke finden, die in gegenseitiger Durchdringung geltend gemacht werden sollen, indem der Gemeinde die Verpflichtung auferlegt wird, ihr Eigentum „zweckmäßig und wirtschaftlich im Einklang mit ihren sich aus dem durch das Gesetz begrenzten Wirkungsbereich ergebenden Interessen und Aufgaben“ („*účelně a hospodárně v souladu s jejími zájmy a úkoly vyplývajícími ze zákona vymezené působnosti*“)<sup>784</sup> zu gebrauchen, wobei eine gewisse Hierarchie von Zwecken existiert, weil eine Gruppe („Zweckmäßigkeit“, „Wirtschaftlichkeit“) der Erfüllung der Anderen („Interesse“ und „Aufgaben“ der Gemeinde) dienen soll. Sämtliche angeführten Zwecke können der allgemeinsten Kategorie des öffentlichen Interesses untergeordnet werden.<sup>785</sup>

Das öffentliche Interesse ist Zweck und Ziel, die die ganze Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung durchdringen und eine der inhaltlichen Determinanten der Entscheidung darstellen. Besondere Bedeutung hat es für den Bereich des Verwaltungsermessens wegen der Bestimmung des Gebrauchs der Variante des weiteren

---

<sup>782</sup> Nach Skulová, S.: a. a. O., S. 98 Fn. 163 lässt sich ein allgemeines öffentliches Interesse im Bereich der Verwaltung erwägen, das als Streben nach Erreichung allgemeiner Werte der öffentlichen Verwaltung bezeichnet werden könnte, wie die Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten ordnungsgemäß und effektiv ist, als Gerechtigkeit und Beachtung von Grundrechten beim Vollzug, was sich vor allem in den Prinzipien des Rechtsstaats und den sog. Prinzipien der guten Verwaltung äußert.

<sup>783</sup> Was nichts daran ändert, dass es sich rechtsdogmatisch um die Ausfüllung eines sog. unbestimmten Rechtsbegriffs handelt, deren Ergebnis allerdings im Verwaltungsermessen zu beachten ist.

<sup>784</sup> Vgl. § 38 Absatz 1 des Gesetzes über Gemeinden (vgl. entsprechend auch § 17 Absatz 1 des Gesetzes über Kreise).

<sup>785</sup> Hoetzel, J.: a. a. O., S. 578 machte darauf aufmerksam, dass die Rechtsordnung absolute öffentliche Interessen und qualifizierte Interessen (wichtige, dringende, unerlässliche etc.) kennt. Beispiel ist die Möglichkeit der ausnahmsweisen Bestimmung des früheren Beginns der Wirkung von Rechtsvorschriften der Gemeinde, als die allgemeine Regelung bestimmt (§ 12 Absatz 2 des Gemeindegesetzes), wenn dies das dringende allgemeine Interesse erfordert. Vgl. auch die entsprechende Lösung im Kreisgesetz (Gesetz Nr. 129/2000 Slg.).

Vorgehens oder des Inhalts der aufgrund von Verwaltungsermessen verabschiedeten Entscheidung. Entsprechend der Lösung einer Prinzipienkollision im Sinne des Optimierungsgebots muss unter Inbezugsetzung und Abwägung verschiedener öffentlicher Interessen das entscheidende gewählt werden.<sup>786</sup>

Das öffentliche Interesse ist so Ausdruck bestimmter Werte oder den Vollzug der öffentlichen Verwaltung begrenzender Prinzipien, und in dieser Allgemeinheit auch Rahmen des Verwaltungsermessens.<sup>787</sup>

#### d) Freiheit bei der Feststellung und Bewertung des Sachverhalts

Das Verwaltungsermessen ist von der „Ermessensfreiheit“ bei der Feststellung und Bewertung des Sachverhalts zu unterscheiden.<sup>788</sup> Zwar können prozessuale Regeln und die Beweisregeln eine gewisse Ermessensform eröffnen<sup>789</sup> oder ein bestimmtes Merkmal eines (freien) Ermessens in sich tragen<sup>790</sup>, bei der Feststellung und Bewertung des Sachverhalts geht es aber um den spezifischen Teil des prozessualen Aspekts der Entscheidung, dass dadurch ihre reale, tatsächliche, faktische Seite durchdrungen wird, die behördlich festgestellt werden muss. Es handelt sich also um ein Ermessen bei der Bestimmung des Umfangs der Entscheidungsgrundlagen.

Wurde der Grundsatz der materiellen Wahrheit (*zásada materiální pravdy*) nach der bisherigen VwO<sup>791</sup> geltend gemacht, war kaum Raum für eigenes Ermessen gegeben, weil die Tätigkeit des Verwaltungsorgans auf die Feststellung des genauen Sachverhalts zielte und das Ermessen sich nur auf den geeignetsten Weg zur Erreichung dieses Ziels bezog. Freiheit herrschte nur im Hinblick auf die Wahl der konkreten Entscheidungsgrundlagen und ihrer Feststellungsarten<sup>792</sup>. Es lag überwiegend Gebundenheit vor.

---

<sup>786</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 99 mit weiteren Beispielen (Fn. 167 f.).

<sup>787</sup> Die Konstruktion ermessensbegrenzender Gesichtspunkte scheint rechtsdogmatisch freilich auch ohne dieses Bindeglied des „öffentlichen Interesses“ möglich, es schlägt aber auf eindrucksvolle Weise den Bogen zum Verständnis der Zweckproblematik des Verwaltungsermessens.

<sup>788</sup> Mazanec, M.: a. a. O.

<sup>789</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 101.

<sup>790</sup> Man kann auch von gerichtlichem oder richterlichem Ermessen (*uvážení soudní resp. soudcovské*) sprechen.

<sup>791</sup> § 3 Absatz 4, § 32 Absatz 1 und 2, § 48 VwO a. F.

<sup>792</sup> § 32 Absatz 2 VwO a. F.

Mehr Raum für eigenes Ermessen besteht aber dann, wenn der Grundsatz der materiellen Wahrheit durch das Erfordernis der Wirtschaftlichkeit des Verwaltungsverfahrens korrigiert wird, wie es auch in der VwO n. F. in § 3 zum Ausdruck kommt<sup>793</sup>.

Das Ermessen des Verwaltungsorgans äußert sich weiter bei der Tatsachenfrage<sup>794</sup> nach der Tatsachengrundlage der Entscheidung.

Diese sog. freie Bewertung oder Würdigung von Beweisen (*tzv. volné hodnocení důkazů*) stellt kein Verwaltungsermessen dar, auch die Bewertung mit der Geltendmachung eines gewissen Ermessens einhergeht, weil dieses nicht durch die Existenz mindestens zweier Varianten eines rechtmäßigen weiteren Vorgehens hinsichtlich der genauesten bzw. ausreichenden Tatsachenfeststellung charakterisiert ist. Begründetes Verwaltungsermessen kann, genauso wie die Subsumtion unter den konkreten Tatbestand, der Hypothese der Rechtsnorm, erst ausgehend von einem solchen festgestellten Sachverhalt der Angelegenheit geltend gemacht werden.

Die Frage der freien Beweisbewertung steht aber auch in enger Beziehung zum Grundsatz der rationellen und effektiven Entscheidung, weil die Lösung geeigneterweise der gegebenen Situation und dem Sachverhalts des gelösten Problems entsprechen soll und die erlassene Entscheidung notwendig in dieser Hinsicht zu begründen ist<sup>795</sup>.

#### e) Zusammenfassende Charakterisierung des Verwaltungsermessens

Zusammenfassend ist das Verwaltungsermessen nach der neueren tschechischen Literatur wie folgt zu charakterisieren:

Das Verwaltungsermessen bildet den Raum für eigenes Ermessen des Verwaltungsorgans nicht nur im Rahmen der konkreten Rechtsvorschrift, in der es zu verorten ist, sondern im Rahmen der ganzen Rechtsordnung und folglich aller Bestimmungen, die sich auf den gegebenen Fall der Entscheidung nach freiem Ermessen beziehen. So sollte es ausgelegt und

---

<sup>793</sup> § 3 VwO n. F. lautet:

„Wenn sich aus dem Gesetz nichts Anderes ergibt, verfährt das Verwaltungsorgan so, dass es den Sachverhalt der Angelegenheit feststellt, über den keine Zweifel bestehen, und zwar in dem Umfang, der für den Einklang seines Handelns mit den in § 2 angeführten Anforderungen unerlässlich ist.“ („Nevyplývá-li ze zákona něco jiného, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a to v rozsah, který je nezbytný pro soulad jeho úkon s požadavky uvedenými v § 2.“).

Skulová, S.: a. a. O., S. 101 Fn. 172 f. verweist noch auf den Motivenbericht zum Regierungsentwurf bzw. auf den Regierungsentwurf.

<sup>794</sup> Vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O.

<sup>795</sup> Vgl. § 47 Absatz 3 VwO a. F. und § 68 Absatz 3 VwO.



interpretiert, und nach diesen Gesichtspunkten auch überprüft werden. Der mit der rechtstheoretischen Tradition verbundene Begriff des freien Ermessens selbst ist rechtsdogmatisch jedoch ein unselbständiger Begriff.<sup>796</sup>

Das Verwaltungsermessen kann allgemein definiert werden als

gesetzlich begründete Freiheit des Verwaltungsorgans, bei der Lösung des konkreten Falles eine von mindestens zwei möglichen entscheidungsbezogene Vorgehensweisen zu wählen.

Das Verwaltungsermessen stellt nicht nur Ansprüche an das auslegende und anwendende Verwaltungsorgan und die kontrollierenden Gerichte, sondern in höherem Maße besonders an den Gesetzgeber.<sup>797</sup>

Verwaltungsermessen tritt in Erscheinung als Handlungs- bzw. Auswahlermessen.

Es ist sowohl vom sog. unbestimmten Rechtsbegriff, für den nur eine richtige Lösung in Frage kommt, als auch von der sog. freien Bewertung der Beweise rechtsdogmatisch zu unterscheiden.

Nach der überwiegenden Literatur kommt Verwaltungsermessen dort in Betracht, wo es das öffentliche Interesse erfordert und dies mit differenzierten rechtlichen und zweckmäßigsten Lösungen auszufüllen ist.

Von entscheidender Bedeutung ist die Gebundenheit des Verwaltungsermessens, da seine Freiheit nur in den Grenzen der Rechtsordnung ausgeübt werden kann, woraus sich rechtsdogmatisch auch die Verpflichtung der Ausübung dieses pflichtgemäßen Ermessens ableiten lässt. Das Gebundenheitsmerkmal begründet Grenzen und Gesichtspunkte, die den Gebrauch des Verwaltungsermessens bestimmen, und die daher ausreichend bestimmt und feststellbar sein sollten, da es zugleich um die Bestimmung des Umfangs und Inhalts der Befugnis und des Wirkungsbereichs des Verwaltungsorgans, um eines der Kriterien der Beurteilung der Gesetzmäßigkeit des Gebrauchs des Verwaltungsermessens geht.

---

<sup>796</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 105.

<sup>797</sup> Es ist nicht ausgeschlossen, dass Verwaltungsermessen auch von einem Kollegialorgan verwirklicht wird, das das Ergebnis des kollektiven Ermessens in der gesetzlich bestimmten Form präsentiert (§ 53 Absatz 4 des Gesetzes über Verwaltungsübertretungen).

Das Verwaltungsermessen muss immer der Erfüllung der gesetzlich oder durch die Rechtsordnung bestimmten oder vorgesehenen Zielen und Zwecken dienen, die zusammengefasst im Begriff des öffentlichen Interesses ausgedrückt werden.

Die Feststellung des Inhalts des Verwaltungsermessens erfordert bei der Norminterpretation nicht nur die sprachlich-logische, sondern vielmehr die systematisch-teleologische Auslegungsmethode.

Da das Verwaltungsermessen nicht nur Raum für eigenes Ermessen im Rahmen der konkreten es begründenden Rechtsvorschrift, sondern der ganzen Rechtsordnung bildet, ist es auch vor diesem Hintergrund auszulegen, zu interpretieren und zu überprüfen.

Skulová formuliert zusammenfassend in materialer Hinsicht:

„Der weite Rahmen der Gebundenheit des Verwaltungsermessens, der die konkrete gesetzliche Ermächtigung und den konkreten Fall des Verwaltungsermessens umschließt, stellt die Verknüpfung jeder konkreten Fallentscheidung aufgrund von Verwaltungsermessen mit den Wertungen des Rechtsstaats, mit den allgemeinen Prinzipien wie auch mit dem Verlangen nach Gerechtigkeit und Vertretbarkeit der Entscheidung dar.“<sup>798</sup>

#### **4. Kriterien für die Auslegung und die Anwendung von Normen mit Verwaltungsermessen im Kontext der Europäisierung des Verwaltungsrechts**

Aus der Charakterisierung des Verwaltungsermessens sind die Kriterien für seine Auslegung und Anwendung zu entwickeln, um eine inhaltliche Ausgestaltung des Verwaltungsermessens erst zu ermöglichen. Insoweit sind Kontrollkriterien<sup>799</sup> und bei der Ermessensausübung zu beachtende rechtlichen Gesichtspunkte von besonderem Interesse, namentlich im Hinblick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Betonung findet dabei die systematische Normauslegung im weiteren Sinne, vor allem die nach Sinn und Zweck der gesetzlichen

---

<sup>798</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 109.

<sup>799</sup> „Kriterium“ wird als gegenüber „Gesichtspunkt(en)“ inhaltlich engerer Begriff angesehen, der mehr in durch Gesichtspunkte auszufüllende Bewertungszusammenhänge fällt.

Regelung fragende teleologische Auslegungsmethode. Darüber hinaus ist der Zusammenhang zu bei der Wahrnehmung der öffentlichen Verwaltungsaufgaben zu beachtenden allgemeineren Regeln, Prinzipien und Werten herzustellen.

Eine Sonderrolle übernimmt bei der Schaffung und Ausformulierung dieser Kriterien die Rechtsprechung, vor allem das Oberste Verwaltungsgericht (NSS) und das Verfassungsgericht (ÚS). Aber auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und der Europäische Gerichtshof (EuGH) sind von immer größerer Bedeutung.

#### a) Begrenzung des Verwaltungsermessens durch das Gesetz als Ausgangspunkt

Vor dem Hintergrund des Merkmals der rechtlichen Gebundenheit des Verwaltungsermessens sind diejenigen das Ermessen begrenzenden<sup>800</sup> Faktoren<sup>801</sup> von Interesse, die durch Rechtsvorschriften aufgenommen wurden bzw. auf die die einschlägigen Rechtsnormen verweisen.

Damit können auch außerrechtliche Regeln normative und interpretatorische Funktion haben.<sup>802</sup> Es lassen sich aber auch Beispiele (z. B. die ökonomischen Faktoren der Wirtschaftlichkeit (*hospodárnost*) und Sparsamkeit (*úspornost*) sowie der Zeitfaktor (*faktor času*)) aus dem öffentlichen Recht anführen. Nach der Bestimmung des § 4 Absatz 1 lit b) des Gesetzes Nr. 320/2001 Slg., über die Finanzkontrolle, die als eines der Hauptziele der Finanzkontrolle die Feststellung des Schutzes öffentlicher Mittel gegen Risiken bestimmt, durch Unvergleichbarkeit oder durch u. A. unwirtschaftlichen, unzumutbaren und ineffektiven (*nehospodárný, neefektivní a neúčelný*) Umgang mit öffentlichen Mitteln bewirkte andere Mängel, und lit. d), der als zu den Hauptzielen den wirtschaftlichen, effektiven und zumutbaren (*hospodárný, efektivní a účelný*) Vollzug der öffentlichen Verwaltung ordnet. Die Definitionen der angeführten und im Text betonten Gesichtspunkte finden sich in § 2 lit. m), n), o), in dem die angeführten Gesichtspunkte (eigentlich sog. unbestimmte Begriffe) ausreichend konkret und effektiv bestimmt werden. Soweit es um den Zeitfaktor geht, handelt es sich zumeist um die Bestimmung

<sup>800</sup> Bei Skulová, S.: a. a. O., insbesondere S. 112, 120 ff. werden die Ausdrücke „ovládání“ bzw. „ovládající“ verwendet, um eine notwendig zu beachtende Wirkung eines bestimmten Gesichtspunkts auszudrücken, auch wenn es sich nicht um eine unmittelbare, absolute und direkte Gebundenheit handelt.

<sup>801</sup> Vgl. Skulová, Soňa: Omezení (limity) rozhodovací činnosti veřejné správy v pohledu správní vědy (Die Begrenzung (Grenzen) der Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung aus der Perspektive der Verwaltungswissenschaft), Časopis pro právní vědu a praxi 1997, Nr. 3, S. 391-403; dies.: Doporučení (zásady) pro rozhodování veřejné správy v pohledu správní vědy (Empfehlungen (Grundsätze) für die Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung aus der Perspektive der Verwaltungswissenschaft), Časopis pro právní vědu a praxi 1997, Nr. 4, S. 538-552.

<sup>802</sup> Knapp, V.: a. a. O., S. 139 mit Beispielen aus dem Zivilrecht (u. a. dem Verweis auf die „guten Sitten“ („dobré mravy“)); vgl. auch Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O.

konkreter Fristen oder des Erfordernisses angemessener Zeit oder auch die Unaufschiebbarkeit für die Verabschiedung von Maßnahmen oder die Durchführung einer Handlung. Als anderer Gesichtspunkt aus dem Bereich der Ethik kann z. B. die Verpflichtung „gebührligen Verhaltens“ („*slušnost chování*“) gegenüber weiteren Personen (§ 16 Absatz 1 lit. ??? des Gesetzes Nr. 312/2002 Slg.).<sup>803</sup>

Die Erfüllung der angeführten Gesichtspunkte ist kontrollierbar und die Entscheidung in dieser Hinsicht innerhalb der Verwaltung als auch in der Gerichtsbarkeit überprüfbar.

Die Frage der inhaltlichen Gebundenheit des Verwaltungsermessens durch entsprechende rechtliche Gesichtspunkte führt zu deren Strukturiertheit, um den Rahmen der rechtlichen Gebundenheit bestimmen zu können.

In der Regel begründen Rechtsvorschriften eine Ermessensermächtigung für Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung in den einschlägigen Bestimmungen, indem sie Grenzen (*meze*)<sup>804</sup> für deren Geltendmachung festlegen und daher *ex negatione* deren Umfangsbereich definieren. So begründen konkrete rechtliche Verwaltungsermessens enthaltende Regelungen Gesichtspunkte (*hledisky*), von denen sich das Verwaltungsorgan bei der Ermessensausübung leiten zu lassen hat.

In der Regel muss dies aber nicht so sein, auch wenn gerade in der modernen Gesetzgebung eine „Eliminierung“<sup>805</sup> solcher unzureichender Regelungen, vor allem in eine Sanktionsbefugnis begründenden Bestimmungen, angestrebt wird. Als Beispiel sind die Sanktionsbestimmungen des Gemeindegesetzes in ihrer ursprünglichen Fassung (§§ 56-59 des Gesetzes Nr. 128/2000 Slg.) zu nennen, bevor diese novelliert wurden (§ 58 des Gemeindegesetzes in der Fassung des Gesetzes Nr. 313/2002 Slg., dessen Absatz 5 bei der Bestimmung der Höhe der Geldbuße

„vor allem die Natur, Bedeutung, Zeitdauer und Folgen des unrechtmäßigen Handelns berücksichtigt“ („*přihlíží zejména k povaze, závažnosti, době trvání a následkům protiprávního jednání*“)).

Weitaus häufig tritt der Fall der Bestimmung nur einiger Gesichtspunkte für die Ausfüllung des Verwaltungsermessens auf, gewöhnlich in Form einer beispielhaften Aufzählung.

Als ausgewählte Gesichtspunkte am häufigsten bestimmt sind gewisse Fallumstände oder darüber zu befindende Personen. Eine solche Lösung pflegt in der Regel bei der Regelung der

<sup>803</sup> Vgl. näher Skulová, S.: a. a. O., S. 112 f. Fn. 4.

<sup>804</sup> Gelegentlich findet sich auch der Ausdruck „limity“.

<sup>805</sup> Der Ausdruck stammt von Skulová, S.: a. a. O., S. 114.

Auferlegung von Sanktionen verwendet zu werden. Z. B. bestimmt § 46 Absatz 5 des Gesetzes Nr. 101/2000 Slg., über den Schutz persönlicher Daten, dass das Amt für den Schutz persönlicher Daten bei der Auferlegung der Geldbuße vor allem (*zejména*) von der Natur, Bedeutung, Art und Weise des Handelns, dem Verschuldensgrad, weiter der Zeitdauer und den Folgen des unrechtmäßigen Handelns ausgeht. Interessant ist insoweit die verwendete Formulierung, nach der das Amt von den zitierten Kriterien „ausgeht“ (*vychází*), und sich nicht von diesen leiten zu lassen hat, was insoweit genauer wäre. Dass in dieser Hinsicht durchaus Uneinheitlichkeit herrscht, belegt das Beispiel des § 12 Absatz 1 des Gesetzes über Verwaltungsübertretungen, der ausführt, dass bei der Bestimmung der Sanktionsart und ihres Ausmaßes bestimmte Gesichtspunkte „berücksichtigt werden“ (*se přihlédne*). Die angeführte Regelung der Sanktionsbestimmung wird subsidiär auch für Verwaltungsübertretungen nach dem Baugesetz (§ 105), während in § 106 bei der Regelung der Geldbuße als sog. anderes Verwaltungsdelikt juristischen oder natürlichen Personen als Unternehmer nach speziellen Vorschriften keine Kriterien bestimmt werden. Nur im nachfolgenden § 107 wird die Möglichkeit begründet, die Obergrenze der Geldbuße unter bestimmten Tatumständen der Gesetzesverletzung zu erhöhen.<sup>806</sup>

Vor dem Hintergrund einer nur sprachlich-logischen Auslegung würde die Nichtbestimmung von Gesichtspunkten für die Geltendmachung des Verwaltungsermessens in der konkreten Rechtsnorm einen Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip, vor allem dem Prinzip der Gebundenheit der öffentlichen Gewalt durch das Gesetz bedeuten. Selbst wenn in der zugrundeliegenden Regelung nur einige Gesichtspunkte genannt werden, so kann dies nicht den Ausschluss von weiteren bewirken, da sich aus dem Wesen der Rechtsordnung und des Verwaltungsermessens das Gegenteil ergibt. Gegenüber einer derartigen nur formalistischen Betrachtungsweise ist jedenfalls auch die systematische Auslegung heranzuziehen, um weitere konkrete Gesichtspunkte über sich auf diese Entscheidungsart beziehende Rechtsvorschriften zu ermitteln.

Hinsichtlich der systematischen Betrachtung von solchen Rechtsvorschriften verhält es sich so z. B. mit dem subsidiären Wirkungsbereich der Verwaltungsordnung in Bezug auf sog. spezielle rechtliche Regelungen des Verwaltungsverfahrens – das Verfahren bei Verwaltungsübertretungen, Bau- oder wasserrechtliches Verfahren).

Die über diese systematische Auslegung ermittelten Gesichtspunkte, also vor allem sog. grundlegende Verfahrensregeln, sind einerseits direkt anwendbar oder dienen als Auslegungsregel.

---

<sup>806</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 115 Fn. 6 bemerkt, dass unmöglich von Konsequenz oder Systematiertheit der Sanktionsregelungen gesprochen werden kann.

Es ergeben sich – zumeist aus dem Rechtsstaatsprinzip – weitere Gesichtspunkte in Gestalt allgemeinerer Prinzipien oder Grundsätze wie z. B. des Prinzips der Gleichheit vor dem Gesetz, des aus der Rechtssicherheit resultierenden Prinzips der berechtigten Erwartung oder der Verhältnismäßigkeit.

Die Bestimmung konkreter Gesichtspunkte für das freie Ermessen bedeutet also nicht, dass sich darin die zu berücksichtigenden ermessensbegrenzenden Gesichtspunkte erschöpfen müssen.

## b) Ermessensgrenzen und das Verwaltungsermessen begrenzende Gesichtspunkte

Im Folgenden sind die das Verwaltungsermessen begrenzenden Gesichtspunkte zu untersuchen.

### aa) Existenz und Quellen für begrenzende Gesichtspunkte

Aus dem Sinn des Systems der tschechischen Rechtsordnung mit ihren bestimmten Wertungen und komplizierten Systemen von Zielen, Zwecken, Prinzipien, Grundsätzen und Regeln<sup>807</sup> ergibt sich, dass alle für die Begrenzung relevanten Gesichtspunkte und Kriterien für den zu entscheidenden Fall identifiziert und beim Gebrauch des Ermessens beachtet werden müssen. Für die Schaffung und Konkretisierung von vor allem „stärkeren“ Kriterien oder Gesichtspunkten ist neben der Formulierung des Gesetzgebers besonders die Gerichtsbarkeit, voran die Rechtsprechung der Verfassungsgerichtsbarkeit und deren Rezeption in der Entscheidungstätigkeit des NSS gefordert.<sup>808</sup>

Gesichtspunkte können dabei allen Arten von Rechtsquellen (*pramenů práva*), auch nicht explizit verankerten, aber allgemein anerkannten entnommen werden. So verhält es sich z. B. mit einigen allgemeinen den Zielen und Zwecken rechtlicher Regelungen zugrunde gelegten Werten, im Falle allgemeiner Rechtsprinzipien oder sog. Prinzipien der guten Verwaltung.

### bb) Geltendmachung und Verbindlichkeit begrenzender Gesichtspunkte

---

<sup>807</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 120 unter Berufung auf J. Hurdík.

<sup>808</sup> Die Verbindlichkeit (*závažnost*) gerichtlicher Entscheidungen und damit der darin ausgesprochenen Kriterien wird an geeigneter Stelle behandelt; vgl. auch Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 70.

Die das Verwaltungsermessen begrenzenden Gesichtspunkte sind notwendig bei der Ermessensentscheidung in der Hinsicht und Intensität in Betracht zu ziehen, in der sie sich auf die zu entscheidende Angelegenheit beziehen. Die Herstellung des Bezugspunktes liegt also nicht im Ermessen des Verwaltungsorgans. Die intensivste Form der Geltendmachung die ausdrücklich in der einschlägigen Rechtsnorm formulierte direkte konkrete Gebundenheit darstellt. Neben konkret bestimmten Grenzen für die Ermessensentscheidung im Spektrum sich beziehender Gesichtspunkte betrifft die Mehrzahl der Kriterien den Ermessensgebrauch. Die allgemeinste Form stellen – aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist ihre Ausstrahlungswirkung bekannt – allgemein anerkannte Werte oder Prinzipien dar. Daneben existieren zahlreiche Zwischenstufen unterschiedlichen Ausmaßes an Konkretheit und verschiedener Intensität an Verbindlichkeit, die ebenfalls von verschiedenen Prinzipien oder Grundsätzen repräsentiert werden können.

Nach *Skulová* ist bei der Geltendmachung von Gesichtspunkten die Problemstellung der Angelegenheit vor allem aus einer weiteren systematischen Perspektive zu betrachten, in der neben konkreten Regeln auch allgemeinere stärkere Gesichtspunkte wie einschlägige Rechtsgrundsätze, allgemeine Rechtsprinzipien bzw. Prinzipien der guten Verwaltung, genauso Ziele und Zwecke einschließlich die zugrundeliegenden Ausgangswerte geltend zu machen sind.<sup>809</sup>

*Telec* betont die Bedeutung der teleologischen Auslegungsmethode für einfachere Fälle.<sup>810</sup> Dies liegt daran, dass zugrundeliegende Werte und Prinzipien zumeist konkreten Eingang in die einschlägigen Rechtsvorschriften gefunden haben und über deren Sinn und Zweck zum Ausdruck gebracht werden.

Wenn von höheren („výšší“), d. h. stärkeren Gesichtspunkten die Rede ist, so gilt dies in zweierlei sich jeweils durchdringender Hinsicht, und zwar einerseits für das Niveau ihrer Rechtskraft (*právní síla*), andererseits hinsichtlich der Hierarchie des Ziels, des Zwecks und des Sinns der rechtlichen Regelungen.

Vor diesem Hintergrund erscheint im Rahmen des Interpretations- und Rechtsanwendungsprozesses die systematische Auslegungsmethode von besonderer Bedeutung, deren Geltendmachung deshalb unerlässlich ist, weil eine Rechtsnorm unmöglich isoliert erkannt, geprüft und ausgelegt werden kann, sondern nur im Einklang mit den anderen Rechtsnormen und im Zusammenhang mit der ganzen Rechtsordnung.<sup>811</sup>

---

<sup>809</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 123.

<sup>810</sup> Telec, I.: Metodika výkladu právních předpisů, právně hermeneutická technika, Doplněk Brno 2001, S. 15 und 27-33.

<sup>811</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 155.

*Telec* sieht als Bestandteile der neben der sprachlichen, logischen und teleologischen Auslegung geltend zu machenden systematischen Methode den „Kopfbeweis“ („*důkaz z áhlavím*“) (*argumentum a rubrica*), den Beweis durch dogmatische Systematisierung („*důkaz dogmatickou systemizací*“) im Rahmen von Vorschriften, den Beweis durch das systematische System des Rechtsgebietes („*důkaz dogmatickým systémem odvětví*“) oder der ganzen Rechtsordnung und die Beurteilung der einzelnen angeführten Argumente im Besonderen und in ihrer gegenseitigen Beziehung.<sup>812</sup>

Sind in der einschlägigen Verwaltungsermessen begründenden Rechtsnorm – beabsichtigt oder nicht<sup>813</sup> – keine konkreten Anhaltspunkte gegeben, so erweist sich deren rechtssystemisches Umfeld als Strukturierungsvorgabe für die Hierarchisierung der ermessensbegrenzenden Gesichtspunkte.<sup>814</sup>

cc) Arten, Quellen und Funktionsweise begrenzender Gesichtspunkte „höherer“ Rechtskraft

Das Spektrum ermessensbegrenzender Gesichtspunkte reicht von ausdrücklicher, unmittelbar verbindlicher konkreter Formulierung einer Rechtsregel bis zum Anerkennen eines bestimmten Werts in grundlegenden Verfassungs- oder internationalrechtlichen Dokumenten mit allgemeinen Rechtsprinzipien oder – im Hinblick auf den Bereich der öffentlichen Verwaltung – Prinzipien der sog. guten Verwaltung bzw. allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

Bei den durch die Gerichtsbarkeit formulierten oder konkretisierten geltenden Gesichtspunkten ist vor allem die Rolle des tschechischen Verfassungsgerichts zu betonen, dessen Funktion es dabei selbst die „Durchleuchtung“<sup>815</sup> der ganzen Rechtsordnung („*prozařováním celým právním řádem*“) genannt hat.

Die Durchleuchtungswirkung gilt dabei rechtsdogmatisch auch für den Raum (*prostor*), in dem die Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung aufgrund von Verwaltungsermessen geltend gemacht wird.<sup>816</sup> Diese Fundamentierung der Bedeutung und unmittelbaren Verbindlichkeit von Verfassungsvorschriften mit gerade auch das Ermessen bei der Interpretationstätigkeit und Rechtsanwendung „beherrschenden“ („*ovládající*“)

---

<sup>812</sup> Telec, I.: a. a. O., S. 25 f.

<sup>813</sup> Als bekanntes für das Verwaltungsermessen relevantes Beispiel ist gerade auch § 78 Absatz 1 VwPO, da auch im Motivenbericht jegliche sich dem Terminus „zneužití správního uvážení“ („Missbrauch des Verwaltungsermessens“) annähernde Erläuterung fehlt.

<sup>814</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 125 betont, dass es dabei in einem (materialen) Rechtsstaat nicht mehr auf eine sog. formal-positivische Sichtweise ankommen kann.

<sup>815</sup> III. ÚS 139/98, Slg. ÚS, Band 12, C. H. Beck Praha 1999, S. 93.

<sup>816</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 125 spricht vom „beleuchteten“ Raum („*osvětlený prostor*“).



Gesichtspunkten „höherer“ Rechtskraft wird durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts legitimiert:

„Der Sinn der Verfassung beruht nicht nur in der Regelung der Grundrechte und –freiheiten, genauso auch des institutionalisierten Mechanismus und Prozesses der Bildung legitimer Entscheidungen des Staates (bzw. der Organe der öffentlichen Gewalt), nicht nur in der direkten Bindung der Verfassung und in der Stellung einer unmittelbaren Rechtsquelle, sondern auch in der Unerlässlichkeit, dass die staatlichen Organe bzw. Organe der öffentlichen Gewalt das Recht in Anbetracht des Schutzes der Grundrechte und –freiheiten interpretieren und anwenden.“<sup>817</sup>

### c) Strukturkategorien begrenzender Gesichtspunkte

Die bisher erwähnten verschiedenen ermessensbegrenzenden Gesichtspunkte sind in der tschechischen Fachliteratur verhältnismäßig gefestigt, auch wenn gelegentlich deren Bedeutungen und Bezeichnungen als Prinzipien, Grundsätze und Regeln differieren.

In axiologischer Hinsicht tritt zu den Gesichtspunkten der Begriff des Werts (*hodnota*). Die teleologische Auslegung von Rechtsnormen begründet dabei die Aufgabe eines derartigen Gesichtspunkts durch den Sinn, Zweck oder die Funktion der Rechtsnormen, woraus das Ziel der öffentlichen Verwaltung beim Vollzug resultiert.<sup>818</sup> Allgemein – wie das bei Werten und unterschiedlich formulierten Zielen im Bereich des Vollzugs der öffentlichen Verwaltung der Fall ist – ist die normative Ebene mit der rechtspolitischen<sup>819</sup>, der Verwaltungs-<sup>820</sup> und Staatspolitik verzahnt. Daraus ergibt sich notwendig die Möglichkeit einer gewissen inhaltlichen und terminologischen „Breite“ im Gebrauch der gegenständlichen Begriffe und

---

<sup>817</sup> III. ÚS 139/98. Zur Frage der unmittelbaren Verbindlichkeit der Urkunde der Grundrechte und –freiheiten führt J. Filip aus, dass diese Frage zwar nicht durch die Urkunde ausdrücklich gelöst wird, in der Praxis des Verfassungsgerichts aber keinerlei Zweifel hervorruft. Er verweist dabei auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichts Pl. ÚS 41/97, Slg. ÚS, Band 10, Nr. 37, Nr. 88/1998, wonach es möglich ist, das Recht auf Gewährung von Ersatz für die Beschränkung des Eigentumsrechts zu erlangen. „Gerade durch die Berufung auf Art. 11 Absatz 4 der Urkunde, ohne dass es unbedingt notwendig wäre, im Hinblick auf die Rechtssicherheit, dieses Recht noch durch eine Vorschrift schwächerer Rechtskraft zu konstituieren.“ Vgl. Filip, J.: Listina deset let poté – úvodní slovo konference, in sborník Dančák, B., Šimíček, V. (eds.): Deset let Listiny základních práv a svobod v právním řádu České republiky a Slovenské republiky, Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, Brno 2001, S. 17.

<sup>818</sup> Vgl. Knapp, V.: a. a. O., S. 33.

<sup>819</sup> Zur Rechtspolitik, die sich mit rechtlichen Erscheinungen de lege ferenda beschäftigt vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 242.

<sup>820</sup> Zur Verwaltungspolitik vgl. Hendrych, D.: Základy správní vědy (Grundlagen der Verwaltungswissenschaft), ASPI Praha 2003, S. 35.

unterschiedlicher Zugänge sowie ihrer Definitionen.<sup>821</sup> Die angeführte Durchdringung wird danach besonders deutlich bei den Begriffen des Werts und des Prinzips.

Trotz gelegentlich unterschiedlicher Handhabung in der tschechischen Literatur lassen sich die Gesichtspunkte mit dem Ziel einer Systematisierung mittels Bildung von Strukturkategorien der ermessensbegrenzenden Gesichtspunkte kategorisieren und strukturieren.

aa) Die Begriffe „Wert“ (*hodnota*), „Zweck“ (*účel*) und „Ziel“ (*cíl*)

Unter Wert wird allgemein alles verstanden, „was die Menschen oder ihre Gesamtheit als solchen schätzen oder achten, nicht als Mittel zur Erreichung von etwas Anderem“<sup>822</sup>. Aus Sicht der Problematik der Entscheidung und des Ermessens der öffentlichen Verwaltung stellt der Wert einen politisch-rechtlichen Begriff dar<sup>823</sup>, weil er die Verzahnung des durch das Recht geregelten Bereichs mit der (rechts-)politischen Sphäre bedeutet und der Inhalt der allgemein oder von der staatlichen Gewalt anerkannten Werte, was noch zu zeigen sein wird, über die Maßstabsfolge Rechtsnorm als konkrete Regel – Grundsatz – Prinzip – Zweck – Ziel – Wert als Recht verwirklicht werden kann.

Die tschechische Rechtstheorie hat der Problematik der Wertungen erheblichen Raum gewidmet. Hinsichtlich der gegenwärtigen tschechischen Jurisprudenz kann festgestellt werden, dass diese nicht vom klassischen positivistischen Zugang ausgeht, das Wertungsmerkmal aus der rechtlichen Prüfung zu tilgen, weil es rein subjektiven Charakter hat und im Rahmen der wissenschaftlichen Untersuchung des Rechts als objektive Erscheinung nicht fassbar ist. Umgekehrt wird von bestimmten gesellschaftlich anerkannten allgemeinen Wertsystemen ausgegangen.

Bei sämtlichen Bedenken an solchen Werten geht es nach *Ota Weinberger* um den Zusammenhang zwischen normativen Sätzen, Zwecken und Werten, dass Normen ein Instrument zur Erreichung bestimmter gesellschaftlicher Ziele sind, dass sie auf bestimmte Weise als Handlungsdeterminanten wirken. Normen haben einen teleologischen und axiologischen Hintergrund, der für das Denken, für die Anwendung und Extrapolierung des

---

<sup>821</sup> Khün, Z.: Pojem a role právního principu (Begriff und Rolle des Rechtsprinzips) in Boguszak, J.: Sborník (Wörterbuch) Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law, Vydavatelství 999, Pelhřimov 1999, S. 92.

<sup>822</sup> Stichwort „Hodnota“ („Wert“) in Adamová, K./Křížkovský, L./Šouša, J./Šoušová, J.: a. a. O., S. 74 f.

<sup>823</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 130.

Rechts – z. B. die Ausfüllung von Lücken (*mezery*) im Recht – wesentlich ist.<sup>824</sup> Die Funktion dieses Hintergrunds kann auch in der Definition, einer bestimmten Ausfüllung des Raums für Verwaltungsermessen durch sog. Auffangkriterien liegen, mit dem Zweck, die Beurteilung und Bewertung einzelner Entscheidungsvarianten zu ermöglichen. Die Rechtsaxiologie gebietet dabei im Rahmen der Untersuchung von Wertungsfragen eine Unterscheidung der Begriffe „Wert“ („*hodnota*“) und „Zweck“ („*účel*“) bzw. „Ziel“ („*cíl*“) derart, dass Werte Endzwecke und abstrakte Gesichtspunkte für die Wahl von Zwecken sind und die Erreichung der Zwecke das Mittel zur Gewährleistung von Werten darstellt.<sup>825</sup> Ein Wert zeichnet sich also nicht mehr dadurch aus, dass er als Mittel zur Erreichung eines anderen Zwecks dient, also in dieser Hinsicht die höchste und allgemeinste Stufe darstellt. Werte wirken im Entscheidungsprozess also dadurch, dass sie als die Zweckerreichung steuernden Gesichtspunkte zu beachten sind und in ihrer geschützten Existenz, auf deren Grundlage die bestimmten Ziele erfüllt werden. Die verfolgten Werte, Ziele und Zwecke können durch die einschlägige Rechtsvorschrift ausgedrückt und auch in sog. finalen oder teleologischen Normen bestimmt werden, aber unmöglich selbständig angewandt werden, jedoch bei der Interpretation von konditionalen Normen von Bedeutung sein.<sup>826</sup> Sie fungieren als bestimmtes Regulativ der Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung auch beim Ermessen. Werte und Ziele finden sich daher auch in der Rechtsordnung der Tschechischen Republik wieder, z. B. in der Präambel der Verfassung, deren wertende „Durchleuchtungsfunktion“ bereits erwähnt wurde, und in Art. 2 Absatz 1 der Urkunde, dass der Staat auf demokratischen Werten gegründet ist.

In dieser Hinsicht enthält bereits ein Befund des Verfassungsgerichts die grundsätzliche Äußerung, dass sich die Verfassung der Tschechischen Republik nicht auf Wertungsneutralität gründet und nicht nur eine bloße Definition von Instituten und Prozessen darstellt, sondern in ihren Text auch grundlegende unveräußerliche Werte der demokratischen Gesellschaft zum Ausdruck bringende bestimmte regulative Ideen einbezieht.<sup>827</sup>

---

<sup>824</sup> Weinberger, O.: *Filozofie, právo, morálka* (Philosophie, Recht, Moral), Masarykova univerzita Brno 1993, S. 136.

<sup>825</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 258; Boguszak, J.: *Právní principy, hodnoty, finalita* (Rechtsprinzipien, Werte, Finalität), in *Sborník* (Wörterbuch) *Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law*, Kolloquium, S. 32.

<sup>826</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 245; Boguszak, J.: *Právní principy, hodnoty, finalita* (Rechtsprinzipien, Werte, Finalität), in *Sborník* (Wörterbuch) *Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law*, Kolloquium, S. 31; zu konditionalen und finalen Normen siehe oben.

<sup>827</sup> Ústavní soud České republiky: *Sbírka nálezů a usnesení*, Band 1, C. H. Beck Praha 1994, Nr. 1, S. 1.

Das Verfassungsgericht formulierte das Prinzip des materialen Rechtsstaats (*princip materiálního právního státu*)<sup>828</sup>, das sich auf „wertende“ Weise zum Prinzip der Legalität wie auch den unerlässlichen Attributen der Konzeption des Rechtsstaats bekennt. Das Legalitätsprinzip wirkt dabei auf grundsätzlicher Ebene der Interpretation und Rechtsanwendung:

„Die Verfassung wertet das positive Recht nicht nur nach der formellen Legitimität, sondern bedingt das Recht mit der Beachtung grundlegender konstitutiver Werte der demokratischen Gesellschaft und nach diesen Werten bemisst sich auch der Gebrauch von Rechtsnormen.“<sup>829</sup>

Aus der Rechtsprechung deutet *Pavel Holländer* auch eine wertende Auslegung des einfachen Rechts, ein Verbot einer überspannten formalistischen Anwendung und Auslegung sowie die Wahrnehmung ungeschriebener Prinzipien der demokratischen Gesellschaft im Sinne von Rechtsquellen.<sup>830</sup>

Das Verbot eines überspannten Formalismus bei der Anwendung und Auslegung des sog. einfachen Rechts gründet auf einer nur von seiner sprachlich-logischen Auslegung ausgehenden Rechtsanwendung. Das Verfassungsgericht bezeichnete eine solche Auslegung als absolut unhaltbares Moment der Rechtsanwendung, das nur eine erste Annäherung an die Anwendung der Rechtsnorm darstellt, die nur Ausgangspunkt der Erklärung und Erläuterung ihres Sinns und Zwecks ist:

„Eine mechanische Anwendung, die, und dies absichtlich oder in Folge von Unbildung, den Sinn und Zweck der Rechtsnorm abstrahiert bzw. nicht bewusst macht, macht aus dem Recht ein Instrument der Entfremdung und Absurdität.“<sup>831</sup>

Aus der Kategorie der wertenden Gesichtspunkte ist für das Verhältnis der öffentlichen Verwaltung zu ihren Adressaten das Prinzip des Schutzes der verfassungsmäßig verbürgten Grundrechte und Grundfreiheiten vorrangig, das nach *Vladimír Sládeček* neben und zusammen mit dem Prinzip der Gebundenheit des Staates durch das Recht und dem wertenden Merkmal der Priorität des Bürgers vor dem Staat Grundwert und –merkmal des

---

<sup>828</sup> Vgl. Holländer, P.: *Hlavní doktríny Ústavního soudu České republiky* (Hauptlehren des Verfassungsgerichts der Tschechischen Republik), in Dančák, B./Šimíček, V.: *Základní lidská práva a právní stát v judikatuře ústavních soudů* (Grundlegende Menschenrechte und Rechtsstaat in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte), *Mezinárodní politologický ústav, Masarykova univerzita Brno* 2000, S. 21; vgl. auch zum Rechtsstaatsbegriff Weiss, W.: a. a. O.

<sup>829</sup> III. ÚS 139/98; vgl. zu allgemein akzeptierten Werten Pl. ÚS 33/97, Slg. ÚS, Nr. 30/1998, Band 9, S. 407.

<sup>830</sup> Holländer, P.: a. a. O., 22.

<sup>831</sup> Pl. ÚS 33/97.

demokratischen Rechtsstaats darstellt<sup>832</sup>. Gemeinsame Ausrichtung von Werten bedeutet aber nicht absolute Einheitlichkeit von Auffassungen, Formen und Umfang dieser Werte, genauso wenig ein Erfordernis eines absolut gleichen Niveaus und der Formen des Schutzes dieser Werte. Darin äußert sich gerade die höhere bzw. allgemeinere Natur der verfolgten Gesichtspunkte<sup>833</sup>.

Die Urkunde der Grundrechte und Grundfreiheiten als grundlegende Kategorie von Gesichtspunkten und Grenzen bestimmt z. B., dass die Menschen frei und gleich in der Würde und in Rechten sind, dass die Grundrechte und –freiheiten unveräußerlich und unabänderlich (Art. 1) sind, allen ohne Unterschied garantiert sind (Art. 3 Abs. 1), dass insbesondere Pflichten nur aufgrund eines Gesetzes und in dessen Grenzen auferlegt werden können, allerdings nur unter Wahrung der Grundrechte und Grundfreiheiten (Art. 4 Abs. 1), die ihrerseits wiederum nur durch das Gesetz gleichermaßen für alle unter Berücksichtigung ihres Wesens und Sinns beschränkt werden können (Art. 4 Abs. 2, 3 und 4). Im Hinblick auf das Problem der Bedingungen der Konkretisierung einiger Grundrechte und –freiheiten können nach Art. 41 der Urkunde die dort genannten – z. B. die Unternehmerfreiheit – nur in den Grenzen der durch die einschlägige Bestimmung der Urkunde vorgesehenen Gesetze erreicht werden.

Bedeutung haben die Grundrechte und Grundfreiheiten nicht nur als öffentliche subjektive Rechte, sondern auch als verfassungsmäßige Werte für die staatliche Tätigkeit.<sup>834</sup> Auch wenn Verwaltungsorgane nicht unmittelbar Verfassungsnormen bzw. verbindliches internationales oder europäisches Recht<sup>835</sup> bei ihrer Entscheidungstätigkeit anwenden, so müssen sie diese aber beachten.

Die angeführte Kategorie von Gesichtspunkten für das Verwaltungsermessen wird von der Rechtsprechung, vor allem des Verfassungsgerichts, des EMRK und des EuGH ergänzt und konkretisiert.<sup>836</sup>

---

<sup>832</sup> Sládeček, V.: Zákon o veřejném ochránci práv, komentář (Gesetz über den öffentlichen Rechtsombudsmann), C. H. Beck Praha 2000, S. 20.

<sup>833</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., 137 unter Rückgriff auf Čapek, Jiří: Právní slovník evropské ochrany lidských práv (Juristisches Wörterbuch des europäischen Menschenrechtsschutzes), Orac Praha 1998, S. 89 f und ders.: Evropský soud a Evropská komise pro lidská práva, přehled judikatury a nejzávažnějších případů, vzory podání (Europäisches Gericht und Europäische Kommission für Menschenrechte, Sicht der Rechtsprechung und bedeutendste Fälle, Ausgabeformen), Linde Praha 1995, S. 74 (unter Berufung auf die Rechtsprechung des EMRK in den Fällen Handyside aus dem Jahr 1976 (A-24) und Miller u. Ges. aus dem Jahr 1988 (A-133) sowie Klass aus dem Jahr 1978 (A-28).

<sup>834</sup> Filip, J.: Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, Masarykova univerzita Brno 2001, S. 89.

<sup>835</sup> Vgl. Art. 10 und 10 a der Verfassung. Hinsichtlich der Grundlage für die Öffnung der Verfassungs- und Rechtsordnung für das Europarecht besteht Streit: ??? s. Meinert Arbeit Lit. Malenovsky.

<sup>836</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 139 f. zum Problem der Strukturierung, Normierung und Hierarchisierung wie auch der Gegenläufigkeit von Werten.

## bb) Prinzipien und Grundsätze: Wesen, Kategorisierung und Wirkung

### aaa) Die Begriffe Prinzipien (*principy*) und Grundsätze (*zásady*)

Als weitere Kategorie von Gesichtspunkten lassen sich insbesondere Rechtsprinzipien und Rechtsgrundsätze anführen.

Im materialen Rechtsstaat ist die Geltendmachung von Prinzipien und Grundsätzen am Ideal der gerechten Entscheidung orientiert. Im Hinblick auf das Verwaltungermessen bedeutet dies nicht nur, dass es nicht mit Willkür gleichgesetzt und die Überschreitung von konkret bestimmten Grenzen und Gesichtspunkten nicht zugelassen werden kann, sondern auch seinem Inhalt nach gerecht sein muss<sup>837</sup>, da es bei Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung nicht nur um Gesetzmäßigkeit, sondern auch um Gerechtigkeit<sup>838</sup> geht.

„Die rechtliche Regelung des Prozesses der Rechtsanwendung und der Form des Erlasses von Akten der Rechtsanwendung muss die Grundlagen für die konsequente Feststellung der Wahrheit umfassen, die Erfüllung der Zwecke der Entscheidungen des Organs der öffentlichen Gewalt und die Gewährleistung der allseitig gerechten Entscheidung fördern.“<sup>839</sup>

Während sich Zwecke und Ziele aus den Interessen und Bedürfnissen als Abbild der Politik ergeben und daher als relativ leicht veränderlich darstellen, sind Prinzipien „prinzipiell“ fester und stabiler, finden ihre Grundlage in der Moral und dem Erfordernis der Gerechtigkeit. Daher sollten Prinzipien nicht Zwecken dienen, ausgenommen in sich mit diesen deckenden Fällen. Vielmehr schützen sie vor Interessen und Zwecken, wenn diese die Gerechtigkeit oder andere geschützten Werte gefährden.

Rechtsprinzipien bzw. allgemeine Rechtsprinzipien lassen sich als leitende Grundsätze, regulative Ideen definieren, die die Richtschnur des Rechts (der Rechtsordnung) oder eines bestimmten Rechtsgebiets darstellen.<sup>840</sup> Die Problematik der Rechtsprinzipien und –grundsätze ist in der tschechischen Jurisprudenz sehr bedeutend, vor allem ihre Stellung im Normensystem und ihre Rechtskraft betreffend.<sup>841</sup>

---

<sup>837</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 140.

<sup>838</sup> An dieser Stelle wird auf eine Auseinandersetzung mit dem Gerechtigkeitsbegriff verzichtet. Es wird lediglich darauf verwiesen, dass auch in der tschechischen Jurisprudenz jedenfalls der sog. formelle Gerechtigkeitsbegriff allgemein anerkannt ist (vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 277 ff.

<sup>839</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 135.

<sup>840</sup> Stickwort „Právní principy“ („Rechtsprinzipien“) in Hendrych, D.??? : Právní slovník (Juristisches Wörterbuch), C. H. Beck Praha 2001, S. 653.

<sup>841</sup> Vgl. Boguszak, J.: Sborník Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law, kolokvium, S. 6.

Vorliegend ist ihre Natur und die mit dieser verbundene Aufgabe für den Bereich des Verwaltungsermessens von Bedeutung. Als Ausgangspunkt für das Erkennen dieser Aufgabe dient ihre Anerkennung als Rechtsquelle. Darüber hinaus ist ihr Verhältnis zu konkreten rechtlichen Regeln, die Unterscheidung dieser beiden Kategorien von Gesichtspunkten entscheidend.

Vorliegend ist zunächst ausreichend, dass die Existenz allgemeiner Rechtsprinzipien, auch nicht ausdrücklich im Gesetz formulierter, das System des geltenden Rechts durchdringender Prinzipien als Rechtsquelle inzwischen anerkannt ist.<sup>842</sup>

Bereits *Pražák* verweist auf die Existenz von Grundsätzen:

„[...] im Verfassungsrecht pflegen grundlegende Grundsätze erörtert zu werden, durch die die Tätigkeit der öffentlichen Verbände [*korporaci*] beherrscht wird, das Verwaltungsrecht bleibt nur eine Darstellung ausführlicher Regeln dieser Tätigkeit im Hinblick auf die einzelnen Lebensaufgaben, deren Erreichung durch die Verwaltung gefördert werden soll.“<sup>843</sup>

Das Verwaltungsrecht bezeichnet er dann als

„Lehre von den Regeln, durch die der Wirkungsbereich der vollziehenden Gewalt im Staat geregelt wird.“<sup>844</sup>

*Weyr* entgegnete ganz im Geist der normativen Theorie, dass diese Grenzziehung sehr fließend und unbestimmt, rein äußerlich ist und nichts mit einer tieferen Rechtssystematik Gemeinsames hat, denn die Methode der Rechtsnormen ist überall gleich. Sie verwischt dadurch den Unterschied zwischen Grundsätzen bzw. Prinzipien und konkreten Regeln.<sup>845</sup>

bbb) Rechtsprinzipien (*právní principy*)

Zwar existieren verschiedene Klassifikationen von Rechtsprinzipien, es gibt aber keinen allgemein anerkannten Katalog allgemeiner Rechtsprinzipien, sondern nur verschiedene Gliederungsformen.

---

<sup>842</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 142 f. zusammenfassend auch unter Verweis auch auf die ausländische und ältere tschechische Literatur.

<sup>843</sup> Pražák, J.: a. a. O., S. 1.

<sup>844</sup> Pražák, J.: a. a. O., S. 2.

<sup>845</sup> Weyr, František: Československé právo správní, část obecná (Tschechoslowakisches Verwaltungsrecht, allgemeiner Teil), ČSAS Právnik Brno 1922, S. 22.

Im Hinblick auf die Kategorisierung von Rechtsprinzipien sind die Ausführungen von *Jiří Boguszak* aufschlussreich, der einen grundlegenden Überblick aus allgemein moderner rechtstheoretischer Sicht gewährt.<sup>846</sup>

Unter den sog. Prinzipien, die auch Regeln (*pravidla*) darstellen, existieren einmal positive Rechtsprinzipien als explizit im Text des positiven Rechts formulierte und implizite Rechtsprinzipien, als Prämisse oder Folge gesetzlicher Bestimmungen oder Normen behandelte, also sich aus Normen ergebende reduktive oder deduktive Urteile. Die angeführten Prinzipien sind Teil des Rechtssystems, die insoweit als Kategorien von Prinzipien auch Entscheidungen nach Verwaltungsermessen begrenzen können.

Die dritte Kategorie von Prinzipien, die Regeln im weiteren Sinn darstellen, betrifft das extrasystemische Rechtsprinzip (*extrasystémový právní princip*), das nicht Teil des Rechtssystems ist. Das Rechtssystem kann sich auf diese Prinzipien als Quelle von Regeln für Entscheidungen bei der Rechtsanwendung – z. B. wenn Rechtsnormen des positiven Rechts fehlen – oder als Interpretationsrichtlinien berufen. Sie kommen vor in der rechtlichen Makrovergleichung (Rechtsvergleichung), wo sie Rechtstypen oder große Rechtsfamilien charakterisieren, oder in durch die Rechtspraxis oder Rechtslehre aufgenommenen gesellschaftlichen Regeln (der Moral, der Sitte, der Politik, des Naturrechts).<sup>847</sup> Zu dieser Kategorie gehört auch der Bereich der sog. Prinzipien der guten Verwaltung, sofern ihre Grundlage nicht bereits in den ersten beiden Prinzipienkategorien als Teil des Rechtssystems zu suchen ist<sup>848</sup>.

Darüber hinaus erwähnt *Boguszak* Prinzipien, die keine Regeln sind. Diese sind einmal Prinzipien der Konstruktion des Rechts, d. h. vom Gesetzgeber verfolgte Gründe oder Zwecke, die bei einigen Arten der Interpretation des Rechts geltend gemacht werden. Die angeführte Kategorie steht also dem Begriff des Werts, Ziel oder Zwecks nahe. In diese Kategorie fallen aber auch weitere Prinzipien, die sich in der Form von Bezeichnungen finden, die wesentliche Merkmale irgendeines Rechtsinstituts oder einer rechtlichen Regelung (wie z. B. der Begriff „guter Glaube“ (*„dobrá víra“*), der als Teil des Prinzips der Rechtssicherheit dienen kann) charakterisieren. Aus Sicht des Interpretationsprozesses sind sie der vorangehenden Kategorie näher.

Für das rechtsdogmatische Verständnis des Wesens und der Bedeutung von den Raum des Verwaltungsermessens der Verwaltungsorgane begrenzenden Prinzipien ist diese

---

<sup>846</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 268 f.; Boguszak, J.: Právní principy, hodnoty, finalita, in Boguszak, J.: Sborník Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law, S. 24 f.

<sup>847</sup> Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 285.

<sup>848</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 144 unter Berufung auf Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 268 f.



Strukturierung von Gesichtspunkten ausreichend, auch wenn sich im Einzelnen über die ausführliche Ausarbeitung der angeführten Prinzipien als Bedingungen für Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung trefflich streiten lässt.<sup>849</sup>

ccc) Rechtsprinzipien und Rechtsregeln im engeren Sinn

Während eine Regel im Allgemeinen nach der Methode „alles oder nichts“ angewandt wird, für den gegebenen Fall entweder gilt oder nicht, ist bei zwei sich widersprechenden Prinzipien die Dimension der Gewichtigkeit ausschlaggebend und muss als relativ entscheidend für jedes von ihnen berücksichtigt werden. *J. Filip*, der sich aus verfassungsrechtlicher Sicht mit der Frage der Natur der Prinzipien und der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien im Rechtssystem beschäftigt, führt aus, dass Regeln durch ihre Eindeutigkeit für die Adressaten charakterisiert werden, denn es können nicht gleichzeitig zwei sich einander widersprechende Regeln gelten. Sofern eine Kollision von Regeln auftritt, bietet das Recht ein Lösungsmittel durch verschiedene Auslegungsregeln und eine Hierarchie in der Anwendung. Prinzipien können aber in gegenseitigem Konflikt sein, was nicht eine Unlogik im Rechtssystem bedeuten muss.<sup>850</sup> Zwischen den Prinzipien besteht ein Verhältnis, bei dem die Prinzipien durch Entscheidung in eine Richtung ausschlagen, aber an sich ohne Schaden bleiben, wenn sie nicht überwiegen.

Geht es um das Begriffsverhältnis von Rechtsprinzipien und Rechtsnormen, so lässt sich als gemeinsames Merkmal ihr präskriptiver (regulativer) Charakter feststellen, der Unterschied besteht in der größeren Abstraktheit und ergibt sich nicht unmittelbar aus subjektiven Rechten und rechtlichen Pflichten wie bei Rechtsnormen als konkrete Rechtsregeln. Prinzipien, genauso auch Grundsätze, bilden wegen dieser Abstraktheit einen bedeutenden Teil der das Verwaltungsermessen beeinflussenden Gesichtspunkte, sie wirken nicht unmittelbar bindend, sondern sind regulativ zu berücksichtigen. Nach *Filip* beschreiben Prinzipien nicht eine eindeutige Folge und erreichen auch nicht die Bestimmtheit einer Regel, aber sie führen das Handeln der Entscheidungssubjekte in eine erwünschte Richtung und dienen daher insbesondere als Richtschnur für die Normanwendungspraxis.<sup>851</sup>

*Pavel Holländer* dehnt die rechtliche Wirkung von Prinzipien außer dem Bereich der Anwendung, in dem Rechtsprinzipien als Interpretationsargumente bei der Beurteilung der in der Normhypothese enthaltenen Bedingungen der Subsumtion auftreten, auch auf die Sphäre

---

<sup>849</sup> Vgl. Boguszak, J.: *Sborník Právní principy*, Rechtsprinzipien, Principles of Law.

<sup>850</sup> Filip, J.: a. a. O., S. 21.

<sup>851</sup> Filip, J.: a. a. O.

des Gesetzgebers aus, in der sie als regulative Ideen wirken, sowie auf die Situation der direkten Anwendung von Prinzipien und auf theoretischer Ebene das abstrakte Vergleichen von Prinzipien bzw. den Zusammenhang mit abstrakten Kontrollnormen. Dabei können jeweils Prinzipienkollisionen entstehen.<sup>852</sup>

Aus dem Wesen und der Aufgabe allgemeiner Prinzipien ergibt sich logisch, dass allgemeine Prinzipien nicht das Gesetz überwiegen können. Sofern der Gesetzgeber seinen Willen in Form des Gesetzes oder Verfassungsgesetzes für ein bestimmtes Verhältnis abweichend von einem allgemeinen Prinzip ausdrückt, hat diese Vorschrift dann für die geregelte Beziehung Vorrang vor dem Prinzip.<sup>853</sup> Also nur im Fall, dass die ausdrückliche Absicht des Gesetzgebers nichts Anderes bestimmt als das Prinzip aussagt, wird das Prinzip angewandt. Das Prinzip wird vor allem dann – neben seiner Durchdringung des Anwendungsprozesses – geltend gemacht, wenn sich die konkrete Bestimmung des Gesetzes zur entschiedenen Angelegenheit nicht ausspricht. Das Gesetz schweigt oder stellt die Sache ausdrücklich in das Ermessen des Verwaltungsorgans, ohne dass es konkrete Gesichtspunkte für die Entscheidung bestimmen würde und daher ein verbindlicher Gesichtspunkt abstrakterer Natur auf höherer Ebene als Prinzip eintritt.

Hinsichtlich dieser Strukturierung von Beziehungen zwischen gesetzlichen Regelungen und Prinzipien hat das Verfassungsgericht übereinstimmend festgestellt, dass

„Rechtsquellen allgemein, genauso wie das Verfassungsrecht, und zwar auch im System des geschriebenen Rechts, zugleich grundlegende Rechtsprinzipien und –bräuche sind, allerdings mit der Bemerkung, dass sie eine selbständige Rechtsquelle im gegebenen Rechtssystem nur *praeter legem* sind, also, sofern das geschriebene Recht nicht Anderes bestimmt“.<sup>854</sup>

Das hat erhebliche Bedeutung gerade für die Sphäre des Verwaltungsermessens, in der ausdrücklich bestimmte Kriterien – sind sie vorhanden – keine vollständige Anleitung zur Ausfüllung des Raums für das Ermessen geben. Aus diesem Grund ist das sich in der Regel durch Abwesenheit einer konkreten rechtlichen Regelung gerade auf der Ebene der Gesichtspunkte für die Wahl der Entscheidung auszeichnende Verwaltungsermessens der Bereich, in dem Prinzipien geltend gemacht werden können und müssen.

---

<sup>852</sup> Vgl. Holländer, Pavel: Deficit Dworkinovy a Alexaho koncepce logického vymezení právních principů, in sborník Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law, S. 16.

<sup>853</sup> Vopálka, V., in Hendrych, D.: a. a. O., S. 38; vgl. auch Skulová, S.: a. a. O., S. 146 unter Verweis auf die gefestigte Rechtsprechung des belgischen Staatsrats und Kassationsgerichts (Jaumotte, J.: a. a. O., S. 607).

<sup>854</sup> Pl. ÚS 33/97 (Nr. 30/1998 Slg. ÚS).

Das Wesen und die Aufgabe einschlägiger Prinzipien oder Grundsätze für den Bereich des Verwaltungsermessens liegt darin, dass sie direkt geltend gemacht werden und für das anwendende Verwaltungsorgan verbindlich dann direkt anwendbar sind, wenn eine konkrete Regel bzw. Gesichtspunkt fehlt. Sie werden in diesem Bereich allgemein als Interpretationsregeln geltend gemacht, die die Annahme der richtigen und gesetzmäßigen Variante des weiteren Vorgehens des Verwaltungsorgans fördern.<sup>855</sup>

Im Hinblick auf die regelmäßig fehlende konkrete Gegenwart von allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts in den „gewöhnlichen“ Gesetzen und Durchführungsvorschriften kann es durch ihre Verwendung auf der Ebene der Identifikation sämtlicher Prinzipien oder Grundsätze, die sich auf die gegebene Angelegenheit beziehen, und auf der Ebene ihrer Anwendung zum Problem der Prinzipien- oder Grundsatzkollision kommen, das nicht eindeutig durch einen Ausschluss eines von ihnen aus dem Rahmen von Gesichtspunkten für die Entscheidung *a priori* gelöst wird, sondern über ihr Verhältnis durch Abwägung zu lösen ist.

ddd) Die sog. ungeschriebenen Prinzipien (*tzv. nepsané principy*)

Mit dem Problem der sog. ungeschriebenen Prinzipien oder Grundsätze befasste sich insbesondere *P. Holländer*. Danach zählen zu den Rechtsprinzipien auch solche Prinzipien, die keine ausreichende institutionelle Stütze, d. h. Verankerung in der Verfassung, den Gesetzen, Rechtsgewohnheiten oder der Doktrin finden, aber Teil der politischen oder gesellschaftlichen Moral sind und infolgedessen inhaltlich Geltung beanspruchen.<sup>856</sup> *Holländer* plädiert für die Überwindung der traditionellen Konzeption von Rechtsquellen im europäisch-kontinentalen Rechtssystem besonders aus dem Grund der Dynamik gesellschaftlicher Veränderungen, auf die der Gesetzgeber auch nicht mit einer immensen Hypertrophie an Rechtsvorschriften reagieren kann, wenn aufgrund des Prinzips des Verbots der *denegatio iustitiae* nur übrig bleibt, die Möglichkeit der Justiz anzuerkennen, unter bestimmten begrenzten Bedingungen auf die rechtliche Lösung der beurteilten Sache zu schließen, und zwar auf der Grundlage geschriebener und ungeschriebener allgemeiner Rechtsprinzipien.<sup>857</sup>

„[...] im tschechischen Recht gilt also und wird gewöhnlich eine Reihe allgemeiner Rechtsprinzipien angewandt, die nicht ausdrücklich in Rechtsvorschriften enthalten sind. Ein

<sup>855</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 147.

<sup>856</sup> Holländer, P.: a. a. O., S. 10 unter Berufung auf Dworkin.

<sup>857</sup> Vgl. Holländer, P.: a. a. O., S. 10 unter Berufung auf Pl. ÚS 33/97.

Beispiel ist das Rechtsprinzip, nach dem die Unkenntnis des Rechts nicht entschuldigt [*neznalost práva neomlouvá*], oder das Prinzip der Unzulässigkeit der Rückwirkung [*princip nepřipustnosti retroaktivity*], und das nicht nur für das Gebiet des Strafrechts. Eine weitere, und zwar moderne verfassungsmäßige ungeschriebene Regel ist die Lösung der Kollision von Grundrechten und – freiheiten durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit [*princip proporcionality*].<sup>858</sup>

Nach *Skulová* bezieht sich diese Argumentation in ihrer Wesentlichkeit auch auf den Bereich des Verwaltungsrechts mit der allgemeinen Annahme der Konzeption, im Kollisionsfall Prinzipien zueinander ins Verhältnis zu setzen und gegenseitig abzuwägen.<sup>859</sup>

Für den Bereich der Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung können weitere sog. ungeschriebene, aber allgemein vorausgesetzte Prinzipien angeführt werden, z. B. das Prinzip der Effektivität des Vollzugs der öffentlichen Verwaltung (*princip efektivnost výkonu veřejné správy*)<sup>860</sup> oder das Prinzip der Erfüllung des öffentlichen Interesses (*princip naplňování veřejného zájmu*)<sup>861</sup>.

#### eee) Unterscheidung von Prinzipien und Grundsätzen

Die Bedeutung von Prinzipien und Grundsätzen ist nicht identisch, auch wenn die Bestimmung einer genauen Grenze zwischen ihnen mit Schwierigkeiten verbunden ist.

Nach *J. Pinz* gilt für diese Begriffe, dass Prinzipien sich von Grundsätzen durch ihre Originalität, primäre Natur oder Initialität unterscheiden, und umgekehrt Grundsätze von Prinzipien durch ihre derivative, sekundäre und generische Natur (Gattungswesen)<sup>862</sup>. Er ergänzt aber, dass im Bereich der Prinzipien oder Grundsätze der öffentlichen Verwaltung gerade der Ausdruck sich entwickelt, dass die Unterscheidung beider Begriffe nicht weit gefestigt ist, und von einigen Autoren unterschiedlich, von anderen synonym verwandt zu werden pflegt. Die Bedeutung des Wortes Prinzip ist nach *Skulová* mit grundlegenden Ausdrücken und einem grundsätzlichen Leitsatz, ursprünglichen Grundsatz als Richtschnur weiterer Voraussetzungen oder Grundsätzen, höheren Handlungsregeln bzw. einem

<sup>858</sup> Pl. ÚS 33/97, Nr. 163, Slg. ÚS, Band 9, C. H. Beck Praha 1998.

<sup>859</sup> Vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S. 149.

<sup>860</sup> Das Prinzip war nur in Einzelfällen wie dem Gesetz über die Finanzkontrolle verankert. In der neuen VwO ist dieses Prinzip ausdrücklich vorgeschrieben.

<sup>861</sup> Z. B. die Möglichkeit der Enteignung nur im öffentlichen Interesse, in der allgemeinen Regelung als Grundsatz oder Prinzip in Art. 11 Abs. 4 der Urkunde, konkretisiert in einigen Gesetzen, unter denen als allgemeine Enteignungsnorm das Gesetz Nr. 50/1976 Slg., über die Gebietsplanung und Bauordnung, angesehen wird, in dem der unbestimmte Begriff „öffentliches Interesse“ durch konkrete Gründe (§ 108 Abs. 2) begrenzt wird.

<sup>862</sup> *Pinz*, J.: *Právní principy, zásady a legis ratio*, in *sborník Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law*, Pelhřimov 1999, S. 111.

allgemeinen Leitsatz verbunden, über dessen Richtigkeit allgemein Überzeugung herrscht, obwohl diese Richtigkeit unmöglich vollständig nachgewiesen und sie nur durch ein anderes Prinzip entkräftet werden kann<sup>863</sup>. Andere Quellen sprechen vom Prinzip als einem grundlegenden Punkt oder einer allgemeinen Regel, wieder andere von einem leitenden Grundsatz oder einer regulativen Idee. Gemeinsam ist zumeist aber ein hohes Niveau an Abstraktheit oder Allgemeinheit als für ein Rechtsprinzip typisches Merkmal. Es handelt sich um einen grundlegenden, tragenden Gedanken oder Grundsatz, der weitere Grundsätze oder Regeln „beherrscht“, die von diesem abgeleitet werden. Ein für den Vollzug der öffentlichen Verwaltung bestimmtes Prinzip hat in der Regel wertenden Inhalt, der sich auf die Charakteristika des die Grundrechte und –freiheiten beachtenden demokratischen Rechtsstaats bezieht.

Grundsätze sind daher als konkretere Erscheinungen anzusehen, die der Erfüllung von Prinzipien dienen sollen, aber doch allgemeiner als konkrete Verhaltensregeln sind. Ein Grundsatz bezieht sich in der Regel auf eine bestimmte größere Gattungsgruppe von Fällen oder einen bestimmten Bereich rechtlicher Regelungen bzw. einer konkreten Rechtsvorschrift (z. B. die Grundsätze eines Gesetzes).<sup>864</sup> Grundsätze sind allgemein verzahnt mit konkreten Regeln und der konkreten Tätigkeit der Rechtsanwendung, sie pflegen mit einem bestimmten begrenzten rechtlichen Regelungsbereich oder Tätigkeitsbereich der öffentlichen Verwaltung verbunden zu sein.

Als Beispiel für die Schwierigkeit einer Differenzierung zwischen Prinzipien und Grundsätzen<sup>865</sup> kann das allgemeine Prinzip der Gesetzmäßigkeit des Vollzugs der öffentlichen Verwaltung<sup>866</sup> als in Art. 2 Absatz 3 der Verfassung und Art. 2 Absatz 2 der Urkunde verankerter Teil der öffentlichen Gewalt herangezogen werden im Vergleich zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der durchgeführten Verwaltungsverfahren unter normativer Ergänzung der Verpflichtung, dass jede Entscheidung im Einklang mit dem Gesetz (§§ 3 Absatz 1 und 46 VwO a. F.) erlassen werden

---

<sup>863</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., 150 unter Berufung auf Pinz, J.: a. a. O., S. 110 f.

<sup>864</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 151 weist noch auf die vor allem in den §§ 3 und 4 VwO a. F. enthaltenen grundlegenden Verfahrensregeln (základní pravidla řízení) hin, die nunmehr ausdrücklich als grundlegende Grundsätze der Tätigkeit der Verwaltungsorgane (základní zásady činnosti správních orgánů) vor den §§ 2 bis 8 VwO n. F. bezeichnet werden.

<sup>865</sup> Auf die Uneinheitlichkeit der Begriffsverwendung in der deutschen Literatur soll an dieser Stelle nur hingewiesen werden.

<sup>866</sup> Nach Skulová, S.: a. a. O., S. 151 Fn. 88 pflegt man auch die Bezeichnung als Grundsatz zu verwenden, was offenbar seinen Ursprung in früheren Zeiten hat, als der Begriff Rechtsprinzip nicht verwandt wurde und die Reichweite verfassungsmäßig universal nicht für die ganze Sphäre des Vollzugs der öffentlichen Gewalt bestimmt war, er eher als begrenzt für einige Arten der Entscheidungstätigkeit verstanden wurde, für die Pflicht bestand, ausdrücklich bestimmte Rechtsvorschriften einzuhalten und daher wirklich die Funktion eines Grundsatzes inne hatte.

musste bzw. muss (§§ 2 Absatz 1 und 67 Absatz 1 VwO n. F., letzterer mit anderer Formulierung).

Entsprechend der Betrachtung bei den Prinzipien existieren aber nicht nur rechtliche Grundsätze bzw. Rechtsgrundsätze, die den Bereich des Verwaltungsermessens beeinflussen können.

Als Beispiel können einige Grundsätze aus dem Bereich der Ökonomie, des Managements, Erfahrungsgrundsätze, ethische Grundsätze oder auch gewisse spezifische regionale oder lokale Regeln (wie die Art der Lösung bestimmter Angelegenheiten) dienen, die sämtlich Faktoren, Grundsätze und Begrenzungen darstellen können, die Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung beeinflussen, und denen sich die Verwaltungswissenschaft widmet.<sup>867</sup> Diese Faktoren, die Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung (besonders dort, wo eine konkret bestimmte Definition der Vollzugsbefugnis fehlt, wie so häufig beim Verwaltungsermessen) beeinflussen (im Sinne eines faktischen Einflusses, keineswegs durch rechtliche Gebundenheit, die *Skulová* nämlich mit dem Terminus der „Beherrschung“ („*ovládání*“) benennt<sup>868</sup>), können neben die rechtlichen Faktoren gestellt werden, die vorliegend von Interesse sind.

Rechtsnormen können einige dieser Grundsätze einbeziehen und sie dadurch mit rechtlicher Verbindlichkeit versehen. Nach *Knapp* erhalten sie dann normative, vor allem auch Interpretationsfunktion, wie das z. B. bei der Einhaltung der „guten Sitten“ („*dobré mravů*“) der Fall ist.<sup>869</sup> Diese Grundsätze werden aber selbst in diesem Fall nicht Rechtsquelle, das sind nur die Rechtsnormen, in denen sie enthalten sind oder die auf sie verweisen.<sup>870</sup> Sie können aber entsprechend den sog. extrasystemischen Prinzipien Rechtsgrundsätze bilden. Aber auch für die nichtrechtlichen Prinzipien und Grundsätze gilt, dass sie nicht in Widerspruch zu Rechtsnormen treten und das Ermessen des Verwaltungsorgans im Rahmen des Interpretations- und Anwendungsprozesses in einer unterschiedlichen Richtung beeinflussen dürfen. Diese sog. nichtrechtlichen „anderen Grundsätze“<sup>871</sup> können sich aber nach *Skulová* negativ in einer gesetzeswidrigen Ermessensentscheidung niederschlagen und auf diese Weise zur Situation des „Missbrauchs des Verwaltungsermessens“ im Sinne des §

---

<sup>867</sup> Vgl. *Skulová*, S.: *Rozhodování ve veřejné správě*, 2. überarbeitete Auflage, Masarykova univerzita Brno 1996, S. 95 ff.

<sup>868</sup> Aus diesem Grund – auch wenn der von *Skulová* (vgl. a. a. O., S. 152 Fn. 92) gewählte Begriff besonders im Hinblick auf die Missbrauchsalternative des Verwaltungsermessens durchaus seine Berechtigung haben mag – wird in dieser Untersuchung der Begriff „Begrenzung“ des Verwaltungsermessens verwandt, um gerade auch einer Verwechslung mit diesen rein „faktischen“ Einflüssen vorzubeugen.

<sup>869</sup> *Knapp*, V.: a. a. O., S. 139 mit weiteren Beispielen.

<sup>870</sup> *Boguszak*, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 268.

<sup>871</sup> Vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S. 152.

78 Absatz 1 VwPO führen, indem z. B. das Ermessen als Ausdruck einiger der erwähnten Grundsätze einen anderen Zweck verfolgt als die Rechtsnorm oder –vorschrift voraussetzt, wie bei verfolgter Sparsamkeit als Ausdruck der ökonomischen Seite der Effektivität dort, wo das Gesetz die Pflicht bestimmt, die Sicherheit des Lebens und der Gesundheit zu gewährleisten.<sup>872</sup>

fff) Die sog. allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts und die sog. Prinzipien der guten Verwaltung

Eine besondere Kategorie von Rechtsprinzipien stellen die sog. allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts (*tzv. obecné principy správního práva*) dar, die als Rechtsprinzipien für das Gebiet des Verwaltungsrechts angesehen werden. Nach *V. Vopálka* bringen diese wesentliche Charakterzüge des Verwaltungsrechts, soziale Bedürfnisse im weitesten Sinne des Wortes, die Verwaltungstradition und Ethik des einschlägigen Verwaltungssystems zum Ausdruck, von denen einige ausdrücklich in der Verfassung und den Gesetzen verankert sind.<sup>873</sup> Danach besitzen vor dem Hintergrund einer gemeinsamen demokratischen Grundlage der verschiedenen Rechtsordnungen und der Konzeption des Verwaltungsrechts als Rechtsgebiet in einem Rechtsstaat auch nicht ausdrücklich in der Verfassung oder den Gesetzen genannte Prinzipien Rechtsquellencharakter.<sup>874</sup> Daraus leitet sich die Möglichkeit ab, allgemeine Prinzipien, vor allem bei Fehlen geschriebenen Rechts in einzelnen Rechtsordnungen einheitlich zu formulieren. Dass diese Prinzipien Teil des Inhalts des öffentlichen Rechts werden, ist Folge immer nachdrücklicheren Herantretens der Judikatur, die Lösungen bei Fehlen konkreter Rechtsnormen aufzeigt. Hinsichtlich sog. allgemeiner Prinzipien des Verwaltungsrechts betrifft dies vor allem die Verfassungs- und europäische Gerichtsbarkeit. Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist es, sich bei der Überprüfungstätigkeit von diesen auszugehen und durch die Anwendungstätigkeit die entwickelten Grundsätze oder Prinzipien für den Einzelfall zu konkretisieren.<sup>875</sup>

Für das Verwaltungsermessen als von besonderem Interesse wird eine Gruppe von Prinzipien angesehen, die grundlegend für den Vollzug einer ordnungsgemäßen und richtigen öffentlichen Verwaltung ist, und als sog. Prinzipien der guten Verwaltung (*tzv. principy dobré správy*) bezeichnet wird. Allerdings wird der Vorstellung von der Existenz universeller das Verwaltungsrecht als Ganzes „beherrschender“ Prinzipien auch mit Skepsis begegnet. Auch

---

<sup>872</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 152 f.

<sup>873</sup> Vopálka, V. in Hendrych, D.: a. a. O., 4. Auflage, C. H. Beck Praha 2001, S. 37 f.

<sup>874</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 153.

<sup>875</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 154.

wenn *Richard Pomahač* diese Prinzipien als „prinzipale Methode“ der Auslegung im Bereich des Verwaltungsrechts bezeichnet, so stellen sie doch ein „unglaublich kompliziertes Wirrwarr von alles Mögliche regelnden Regeln“ dar.<sup>876</sup>

Zwar gibt es bisher keinen abgeschlossenen Katalog der Prinzipien der guten Verwaltung als Teil der weiten Kategorie der allgemeinen Rechtsprinzipien, es finden sich aber einzelne in die Kategorie dieser Prinzipien fallende oder auch bestimmte Kataloge von Erfordernissen an die richtige Verwaltungstätigkeit in Literatur und Rechtsprechung.<sup>877</sup>

*Skulová* erwähnt als einzigen expliziten Fall des Gebrauchs des Begriffs der Prinzipien der guten Verwaltung als Kriterien für die Beurteilung der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung das Gesetz über den Öffentlichen Rechtsombudsmann im Rahmen seines Wirkungsbereichs zum „Schutz von Personen vor dem Handeln der Behörden und anderen Institutionen“ (§ 1 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 349/1999 Slg., über den Öffentlichen Rechtsombudsmann<sup>878</sup>). Die Autorin schließt daraus zutreffend, dass der Gesetzgeber von der Existenz dieser Prinzipien ausgeht und betrachtet sie daher als verbindlich.

Eine Legaldefinition existiert nicht, auch nicht im oben erwähnten Gesetz. Dadurch, dass der Begriff aber auf der Ebene der Anforderungen an die Qualität behördlicher Handlungen neben dem Erfordernis der Gesetzmäßigkeit steht, kann gefolgert werden, dass unter den Begriff der guten Verwaltung nicht nur rechtliche Gesichtspunkte (*právní hlediska*)<sup>879</sup> fallen, sondern auch andere, vor allem aus dem Bereich der Ethik oder der Ökonomie wie z. B. die Erfordernisse des Anstands und der Höflichkeit, aber auch der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit etc.

Daraus ist ersichtlich, dass der Begriff auch in einem weiten Sinn verstanden werden kann, der zugleich Gesichtspunkte nichtrechtlicher Natur mitumfasst, die in Abhängigkeit von ihrer Verankerung im Rahmen der konkreten Rechtsordnung rechtlich verbindlich werden können,

---

<sup>876</sup> Pomahač, Richard: Právní principy dobré správy – imaginace či realita?, in sborník Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law, Pelhřimov 1999, S. 187 unter Hinweis darauf (S. 189), dass sich diese Prinzipien vor allem auf den Bereich des Rechts der Verwaltungskontrolle zum Schutz subjektiver Rechte richten.

<sup>877</sup> Vgl. Skulová, S.: Rozhodování ve veřejné správě, 2. überarbeitete Auflage, Masarykova univerzita Brno 1996, S. 95 ff.

<sup>878</sup> § 1 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 349/1999 Slg. Lautet in deutscher Fassung:

„Der Öffentliche Rechtsombudsmann (weiter nur „Ombudsmann“) wirkt zum Schutz vor dem Handeln der Behörden und weiterer in diesem Gesetz angeführter Institutionen, soweit ein Widerspruch zum Recht vorliegt, es nicht den Prinzipien des demokratischen Rechtsstaats und der guten Verwaltung entspricht, genauso auch vor ihrer Untätigkeit, und trägt dadurch zum Schutz der Grundrechte und –freiheiten bei.“

<sup>879</sup> Sládeček, V.: Zákon o veřejném ochránci práv, komentář, C. H. Beck Praha 2000, S. 23.



aber nicht müssen. Vorliegend ist für das Verwaltungsermessen aber der Begriff der Prinzipien der guten Verwaltung im engeren Sinn entscheidend, also die sog. Rechtsprinzipien guter Verwaltung<sup>880</sup>.

Als Wertgrundlage für die Rechtsprinzipien der guten Verwaltung dient das Wertefundament des materiellen Rechtsstaats, d. h. die Prinzipien gewährleisten die Durchsetzung rechtsstaatlicher Werte in der Entscheidungspraxis der öffentlichen Verwaltung hinsichtlich ihrer ordnungsgemäßen und gerechten Entscheidungstätigkeit. Nach *Skulová* sind die Prinzipien der guten Verwaltung in ihrer Formulierung und Geltendmachung daher auch besonders der Verwirklichung der Grundrechte und Grundfreiheiten verpflichtet.<sup>881</sup>

Aufgrund längerer Tradition und Ausarbeitung der dem Schutz der Grundrechte und –freiheiten dienenden Prinzipien der guten Verwaltung wird auch von ausländischen, vor allem europäischen Erkenntnissen ausgegangen.<sup>882</sup> Eine herausragende Rolle spielte in diesem Zusammenhang aus Sicht der tschechischen Literatur der Europarat, zu dessen vorrangigen Aufgaben neben dem Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten die Unterstützung von Prinzipien gehört, auf die sich die Rechtsordnungen der demokratischen Staaten stützen.<sup>883</sup> Wertgrundlage ist auch die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)<sup>884</sup>, die von der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948 ausgeht und zum gesamteuropäischen Maßstab für Akte öffentlicher Gewalt wurde.<sup>885</sup>

Nach *Tichý/Arnold/Svoboda/Zemánek/Král* entspricht diese Entwicklung der anthropozentrischen Auffassung moderner Regierung in der Form eines Staates oder supranationaler Organisationen, die teilweise den Staat ersetzen. Darin steht der Mensch im Zentrum dieses Systems und seine Würde ist der höchste Wert. Ziele des Staates oder überstaatlicher Organisationen (unmittelbar oder vermittelt) sind nur dann legitim. Der Nationalstaat oder die übernationale Gemeinschaft dienen dem Menschen und nicht umgekehrt. Der Sicherung dieser Konzeption dienen auch die Menschenrechte.

---

<sup>880</sup> Vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S. 157 f. unter Berufung auf *Sládeček*, V.: a. a. O., S. 21 und *Pomahač*, R.: a. a. O., S. 187 ff.

<sup>881</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 158.

<sup>882</sup> So *Skulová*, S.: a. a. O., S. 159.

<sup>883</sup> *Pítrová*, L./*Pomahač*, R.: *Evropské správní soudnictví*, C. H. Beck Praha 1998, S. 330.

<sup>884</sup> Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (Úmluva). Die EMRK ist veröffentlicht unter der Nr. 209/1992 Slg. und hat dadurch nach der monistischen Konzeption der tschechischen Verfassungsordnung unmittelbar Geltung im Rang des Verfassungsrechts (Art. 10 der Verfassung).

<sup>885</sup> *Tichý*, L./*Arnold*, R./*Svoboda*, P./*Zemánek*, J./*Král*, R.: *Evropské právo*, C. H. Beck Praha 200, S. 693.

Von besonderem Interesse sind die in der Form von Resolutionen oder Empfehlungen verabschiedeten Dokumente des Europarates. Da es bei diesen als eine gute Verwaltungspraxis kultivierendem Faktor nicht nur um die Gewährleistung der Bedingungen eines gerechten Prozesses bei Entscheidungen in der Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten geht, sondern auch um einschlägige Qualität der inhaltlichen Seite dieser Entscheidungen kommt ihnen Schlüsselbedeutung für den Bereich des Verwaltungsermessens zu.<sup>886</sup> Die ab der 2. Hälfte der 70iger Jahre als *soft law*<sup>887</sup> verabschiedeten an die Regierungen der Mitgliedstaaten adressierten Empfehlungen<sup>888</sup> drücken systematisch allgemeine Grundsätze der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung aus, und zwar unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes natürlicher und juristischer Personen, deren Rechte durch das Recht geschützter Interessen die Verwaltungstätigkeit betreffen kann.<sup>889</sup>

Auf den Bereich des Verwaltungsermessens bzw. die Ermessensfreiheit zielen die Empfehlungen (80)2, die das Verwaltungsermessen betreffen, vom 11. März 1980<sup>890</sup>. Darin werden Erfordernisse vor allem an den Inhalt von Entscheidungen des Verwaltungsermessens in der Form von den Bereich des Ermessens inhaltlich gestaltenden<sup>891</sup> Hauptprinzipien formuliert, unter ausdrücklicher Bezeichnung oder rücksichtswürdiger Ausfüllung<sup>892</sup> des einschlägigen Prinzips. Das Organ der öffentlichen Verwaltung ist danach verpflichtet, keinen anderen als den vorgeschriebenen Zweck zu verfolgen, nur von für den vorliegenden Fall relevanten Tatsachen auszugehen, unter gleichzeitiger Wahrung der Objektivität und Unparteilichkeit ((*princip sledování stanoveného účelu*) und das Prinzip des Verbots des

---

<sup>886</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 159.

<sup>887</sup> Zur fehlenden formalen Anrufungsmöglichkeit der adressierten Autoritäten vgl. Pítrová, L./Pomahač, R.: a. a. O., S. 330 f.

<sup>888</sup> Die Erfüllung des Inhalts des Begriffes der guten Verwaltung repräsentieren vor allem die Empfehlungen (81)19, die den Informationszugang bei Verwaltungsorganen regeln, die Empfehlungen (84)15, betreffend die öffentliche Verantwortlichkeit, die Empfehlungen (87)16, sich auf das eine große Personenzahl betreffende Verwaltungsverfahren beziehend, die Empfehlungen (89)8, die Verabschiedung vorläufiger gerichtlicher Maßnahmen in Verwaltungssachen regelnd, die Empfehlungen (91)1, sich mit Verwaltungssanktionen befassend, die Empfehlungen (2000)9, über alternative Lösungsarten von Streitigkeiten zwischen Behörden und Privatpersonen. Darüber hinaus ist auch die vorangehende Resolution (77)31 über den Schutz des Einzelnen im Verhältnis zu Verwaltungsakten, vom 28.9.1977 zu nennen (vgl. Kopecký, M./Pomahač, R.: *Prameny ke studiu správního práva (Quellen zum Studium des Verwaltungsrechts)*, Věhrd Praha 1993, S. 168 ff.). Zu den in den Dokumenten eingegliederten Prinzipien und Grundsätzen vgl. auch Pomahač, R.: *Právní principy dobré správy – imaginace či realita?*, in *Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law*, Pelhřimov 1999, S. 187 ff.; ders. in Hendrych, D.: a. a. O., 4. Auflage, C. H. Beck Praha, S. 485 ff.

<sup>889</sup> Pomahač, R. in Hendrych, D.: a. a. O., S. 485.

<sup>890</sup> Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates vom 11.3.1980, betreffend das Verwaltungsermessen, (doporučení Výboru ministrů Rady Evropy č. R (80) 2, týkající se správního uvážení, ze dne 11. března 1980: Recommendation No. R (80) 2 concerning the Exercise of discretionary Powers by administrative Authorities, [http://www.coe.int/T/E/Legal\\_affairs/Legal\\_cooperation/Administrative\\_law\\_and\\_justice/Texts\\_&\\_Documents/](http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_cooperation/Administrative_law_and_justice/Texts_&_Documents/)).

<sup>891</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 161 spricht von „beherrschenden“ Hauptprinzipien.

<sup>892</sup> Vgl. dazu Vopálka, V.: *Úprava správního řízení*, in Pocta Vladimíru Mikule, C. H. Beck Praha 2002, S. 273.

Missbrauchs des Ermessens<sup>893</sup>), der Einhaltung des Prinzips der Gleichheit vor dem Recht und des Verbots der Diskriminierung (*zákaz diskriminace*), der Einhaltung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit, einschließlich des Erfordernisses der Entscheidung innerhalb einer vernünftigen, der Sache angemessenen Frist (*přiměřené lhůtě*), die besonderen Umstände des Falles im Einklang mit der Durchsetzung allgemeiner Richtlinien zu beurteilen ((*princip předvídatelnosti*), das Prinzip der berechtigten Erwartung (*princip legitimního očekávání*), der Rechtssicherheit (*právní jistoty*)). Daneben enthalten sind auch Anforderungen an die inhaltlichen Erfordernisse garantierende prozessuale Seite von Ermessensentscheidungen wie z. B. die Veröffentlichung allgemeiner Richtlinien zur Gestaltung des Verwaltungsermessens oder das Erfordernis der Begründung der Abweichung von diesen Richtlinien, die sich jeweils auf die Erfüllung des Prinzips der Vorhersehbarkeit (*princip předvídatelnosti*) richten<sup>894</sup>. Diese Empfehlungen enthalten folglich allgemeine sich vor allem auf den Inhalt von Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung beziehende Regeln, die die Gerechtigkeit (*spravedlnost*) und Ordnungsgemäßheit (*řádnost*) bzw. die Richtigkeit (*správnost*) der Entscheidungen, einem weitest reichenden Schutz öffentlicher subjektiver Rechte entsprechend, gewährleisten. Das Dokument richtet sich mit seinem Inhalt also vorrangig an die Qualität der inhaltlichen (materialen) Seite von Entscheidungen der Organe öffentlicher Gewalt.<sup>895</sup>

Die in dem Dokument zum Ausdruck gebrachten Prinzipien der guten Verwaltung sollen als „minimale notwendige gemeinsame“ Wertegrundlage<sup>896</sup> weniger dem Ziel einer Harmonisierung des nationalen Rechts durch Schaffung einheitlicher Regeln, sondern der Unterstützung bestimmter allgemein in der Rechtsordnung und Rechtspraxis anerkannter Prinzipien dienen.<sup>897</sup> In ihrer Wirkung bestärkt werden diese Prinzipien durch die Entscheidungstätigkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)<sup>898</sup>, in dessen Rechtsprechung ausgehend von der EMRK einheitliche Prinzipien der guten Verwaltung ausgeformt und präzisiert werden.

Augenfällig erscheint dies hinsichtlich einiger die Ermessensfreiheit beeinflussender in den Empfehlungen (80)2 erwähnter Prinzipien. In der Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 und Art. 8

---

<sup>893</sup> In Anlehnung an Skulová, S.: a. a. O., S. 162 werden die tragenden Prinzipien jeweils unterstrichen angeführt.

<sup>894</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 162.

<sup>895</sup> Vgl. Vopálka, V.: a. a. O., S. 274, der an nur schwerliche Trennbarkeit von „prozessualen“ und „materialen“ Prinzipien erinnert, da der Prozess immer ein Mittel für die Geltendmachung der Prinzipien der guten Verwaltung darstellt.

<sup>896</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 163, die vor dem Hintergrund der Tradition der öffentlichen Verwaltung in der Tschechischen Republik darin eine besondere Richtschnur sieht.

<sup>897</sup> Pomahač, R. in Hendrych, D.: a. a. O., S. 495.

<sup>898</sup> Evropský soud pro lidská práva (ESLP).

EMRK wird dabei häufig auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Angemessenheit), das Prinzip der Vorhersehbarkeit (Rechtssicherheit) und das Begründungserfordernis zurückgegriffen.<sup>899</sup> Für den Bereich der Prinzipien und Grundsätze der guten Verwaltung ist auf die teilweise bereits erwähnten Urteile in Sachen Obermeier aus dem Jahr 1990 (A-179), Silver aus dem Jahr 1983 (A-61), Malone aus dem Jahr 1984 (A-82), Rees und Cossey aus dem Jahr 1986 (A-106) und 1990 (A-184), Gillow aus dem Jahr 1986 (A-109) sowie Kruslin und Huvig aus dem Jahr 1990 (A-176-A und A-176-B) zu verweisen.

Besondere Bedeutung – vor dem Beitritt der Tschechischen Republik bereits im Rahmen des Annäherungsprozesses – kommt auch dem Europäischen Gerichtshof (EuGH)<sup>900</sup> zu, dessen Rolle im Zusammenhang mit der Profilierung und Durchsetzung allgemeiner Prinzipien im Bereich des Verwaltungsrechts wie auch Prinzipien der guten Verwaltung im Hinblick auf die Strukturierung und Charakterisierung im sog. „Europäischen Verwaltungsraum“ („*evropský správní prostor*“) immer wieder betont wird.<sup>901</sup>

Nach *Tichý/Arnold/Svoboda/Zemánek/Král* geht das europäische Gerichtssystem bei der Erfüllung seiner Aufgaben von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten aus. Die Funktion der europäischen Gerichtsbarkeit greift dabei auch in die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten ein, deren Gerichtssysteme und Rechtsordnungen sie ausgeprägt beeinflusst. Einzelne Mittel des Rechtsschutzes geben der europäischen Gerichtsbarkeit eine Fülle an Möglichkeiten zur Durchsetzung der Stabilisierung und weiteren Entwicklung der europäischen Gemeinschaften als Rechtsgemeinschaft im Sinne der Durchsetzung der Prinzipien des Rechtsstaats.<sup>902</sup> Die einheitliche Verwendung und Einhaltung des Rechts ist danach ein bedeutendes Integrationsinstrument, indem der EuGH in seiner Judikatur unter Anderem die Verallgemeinerung einiger Tendenzen und Grundzüge geltend macht, einige Grundsätze als spezifische Regeln des europäischen Rechts formuliert und die Normbildung beeinflusst.<sup>903</sup>

Als Auslegungsmethode wählt der EuGH die herkömmlichen Interpretationsverfahren wie die systematische und teleologische Methode, sowie die spezielle Methode der Rechtsvergleichung (*specialní metoda právní komparatistiky*)<sup>904</sup>. Seinen Auslegungskanon ergänzt der EuGH, indem er zur Ausfüllung von Lücken weiter allgemeine Rechtsgrundsätze (*obecné zásady*

---

<sup>899</sup> Čapek, J.: *Evropský soud a Evropská komise pro lidská práva*, Linde Praha 1995, S. 37 ff.

<sup>900</sup> *Evropský soudní dvor (ESD)*.

<sup>901</sup> Vgl. zu den Prinzipien der guten Verwaltung Grygar, J.: *Právo na dobrou správu*, Justiční praxe, 2002, Nr. 7, S. 488 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>902</sup> Tichý, L./Arnold, R./Svoboda, P./Zemánek, J./Král, R.: a. a. O., S. 233.

<sup>903</sup> Tichý, L./Arnold, R./Svoboda, P./Zemánek, J./Král, R.: a. a. O., S. 234.

<sup>904</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 165.

*právní*) wie die inzwischen bedeutende Stellung<sup>905</sup> genießenden Grundsätze des Schutzes verfassungsmäßiger Rechte und des guten Glaubens, des Verbots der Rückwirkung oder der Verhältnismäßigkeit und der europäischen Menschenrechte heranzieht.<sup>906</sup> In der neueren Judikatur wird der Begriff „Prinzip der Rechtsgemeinschaft“ als Parallele zum Begriff des Rechtsstaats verwandt.<sup>907</sup>

Nach den Autoren sind einzelne Merkmale des Begriffes der Rechtsgemeinschaft objektiver Natur und repräsentieren oftmals auch prozessuale Gewährleistungen, was als sinnvolle Ergänzung des subjektiv begriffenen Schutzes der Menschenrechte zu sehen ist.<sup>908</sup>

Diese Grundsätze werden aber erst in die Hierarchie der Rechtsquellen als Primärrecht aufgenommen, wenn sie sich konstant in der Rechtsprechung des EuGH niedergeschlagen haben.<sup>909</sup>

Auch das tschechische Verfassungsgericht bekennt sich zum Wesen, Ursprung und den Quellen der angeführten allgemeinen Rechtsgrundsätze<sup>910</sup>:

„Eine der Quellen des primären Gemeinschaftsrechts sind nämlich auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die der Europäische Gerichtshof aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten der EU herausschält. Ihr Inhalt sind grundlegende gemeinsame Werte aller ihrer Mitglieder. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze füllen die Konzepte des Rechtsstaats aus, also auch der grundlegenden Menschenrechte und Freiheiten und in ihrem Rahmen ein gerechtes Verfahren.“<sup>911</sup>

*L. Pítrová* und *R. Pomahač* betonen vor dem Hintergrund des Schutzes des rechtlichen Standards im Sinne der gemeinsamen Verfassungstraditionen durch den EuGH und der EMRK die Proklamation der Grundrechte und –freiheiten durch das Europäische Parlament im Jahr 1989 und konstatieren, dass für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts ausnahmslos der Grundsatz der Gleichheit vor dem Recht (*zásada rovnosti před právem*) in Verbindung mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit (*princip proporcionality*) bei der Geltendmachung der Ermessensfreiheit gilt und dass eine restriktive Interpretation von

---

<sup>905</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 165.

<sup>906</sup> Tichý, L./Arnold, R./Svoboda, P./Zemánek, J./Král, R.: a. a. O., S. 236.

<sup>907</sup> Tichý, L./Arnold, R./Svoboda, P./Zemánek, J./Král, R.: a. a. O., S. 702.

<sup>908</sup> Tichý, L./Arnold, R./Svoboda, P./Zemánek, J./Král, R.: a. a. O., S. 702.

<sup>909</sup> Vgl. im Hinblick auf Menschenrechte Šišková, N.: Lidská práva v intencích *acquis communautaire*, in: *Evropské právo*, Beilage zur Zeitschrift *Právní rozhledy*, Nr. 6/2002, S. 1 ff.

<sup>910</sup> Pl. ÚS 5/01.

<sup>911</sup> Pl. ÚS 5/01, Slg. ÚS, Band 24, C. H. Beck Praha 2002, S. 79.

Grundrechten und –freiheiten verboten ist.<sup>912</sup> Es ist zu erwarten, dass die noch rechtsunverbindliche Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU)<sup>913</sup> Bestandteil des Primärrechts werden wird<sup>914</sup>, und damit auch deren Art. 41, in dem das „Recht auf eine gute Verwaltung“ („*Právo na dobrou správu*“) ausdrücklich als solches bezeichnet und normiert ist.<sup>915</sup> L. Pítrová und R. Pomahač sehen offensichtliche Anstrengungen des EuGH zur Formulierung von den guten Vollzug von Verwaltungstätigkeit vom schlechten unterscheidenden Regeln und vor dem Hintergrund des Einflusses vor allem des deutschen und französischen Rechts als häufigste Prinzipien das Prinzip der Gleichheit (*princip rovnosti*), das Prinzip der Gebundenheit der Verwaltung durch Gesetze bzw. das Recht (*princip vázanosti správy zákony resp. právem*), das Prinzip der begrenzten Freiheit von Verwaltungsentscheidungen bzw. Ermessensermächtigung (*princip omezené volnosti správního rozhodování resp. diskreční pravomoci*), das Prinzip der Verantwortlichkeit der Verwaltung (*princip odpovědnosti správy*), das Prinzip der Verhältnismäßigkeit (*princip proporcionality*) und das Prinzip der legitimen Erwartung (*princip očekávání*).<sup>916</sup>

Im Vordergrund steht im Hinblick auf das Verwaltungsermessen vor allem das Prinzip der Gleichheit und der Gebundenheit durch das Recht, die zu den unerlässlichen Merkmalen des Rechtsstaates bzw. der Rechtsgemeinschaft gehören, aus denen sich das Prinzip des begrenzten Ermessens ableitet. Diese „höheren“ oder allgemeinsten Prinzipien durchzusetzen übernehmen konsequenterweise das Prinzip der berechtigten Erwartung und das Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>917</sup> als deren für den richtigen Vollzug der Ermessensfreiheit entscheidende Komponenten, die auf die Gewährleistung der Richtigkeit und Gerechtigkeit der inhaltlichen Seite von Ermessensentscheidungen abzielen.

Die Verbindlichkeit, Bedeutung und das Bedürfnis dieser Prinzipien spiegelt sich nach Skulová notwendig sowohl in einschlägigen Rechtsregelungen der Tschechischen Republik als auch der Entscheidungspraxis der Verwaltung und Gerichte, und sie sieht die Grundlagen für die Geltendmachung der Prinzipien der guten Verwaltung allgemein wie auch im Bereich des Verwaltungsermessens damit als gelegt an.<sup>918</sup> Auch das Verfassungsgericht betonte bereits vor dem Beitritt, dass es

---

<sup>912</sup> Pítrová, L./Pomahač, R.: a. a. O., S. 254 f.

<sup>913</sup> Charta základních práva Evropské unie (ChEU).

<sup>914</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 166.

<sup>915</sup> Vgl. Sander, G. G.: Poznámky k Chartě základních práv Evropské unie, Evropské a mezinárodní právo, Nr. 7-8/2001, S. 9 ff.

<sup>916</sup> Pítrová, L./Pomahač, R.: a. a. O., S. 257 f.

<sup>917</sup> Pítrová, L./Pomahač, R.: a. a. O., S. 259 betonen allerdings das Fehlen einer eindeutigen bisherigen Definition der Bedeutung für die Entwicklung des modernen Verwaltungsrechts.

<sup>918</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 167.

„nicht die Ansicht teilt, dass das Gemeinschaftsrecht nicht für das Verfassungsgericht der TR [ČR] wie bei einem außerhalb der EU stehenden Staat bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit relevant ist“<sup>919</sup>.

Dies rief damals schon die „Durchleuchtungs“-Funktion des Gemeinschaftsrechts für die eigene Entscheidungspraxis des Verfassungsgerichts hervor.<sup>920</sup> Nach *Skulová* bringt die Eingliederung der Tschechischen Republik in den von europäischem Verwaltungsrecht beherrschten sog. Europäischen Verwaltungsraum<sup>921</sup> ein weites Begriffsverständnis von „Rechtmäßigkeit“ als Einklang mit der Verfassung, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dem geschriebenen Recht und der sekundären Rechtsetzung, den unmittelbar im innerstaatlichen Recht wirkenden<sup>922</sup> Gewohnheitsregeln des internationalen Rechts, dem Richterrecht und justiziablen internen Richtlinien mit sich.<sup>923</sup>

Um den Prinzipien der guten Verwaltung Geltung zu verleihen, muss eine verfahrensrechtliche Einkleidung erfolgen.<sup>924</sup> Nach der VwO a. F. übernahmen dies die sog. „Grundregeln des Verfahren“ („*základní pravidla řízení*“)<sup>925</sup> als grundlegende und allgemeine den Erlass konkreter (individueller) Akte regelnde Vorschrift, die vor allem auf die prozessuale Seite der Entscheidung zielte, aber hinsichtlich des Entscheidungsinhalts ihre Qualität im Sinne der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit nicht ausdrücklich löste. Dies ändert sich durch die Ergänzung der Grundsätze der guten Verwaltung in die sog. „grundlegenden Grundsätze des Verwaltungsverfahrens“ („*základní zásady správní řízení*“), in der seit dem 1. Januar 2006 wirksamen VwO n. F. „grundlegenden Grundsätze der Tätigkeit der Verwaltungsorgane“ („*základní zásady činnosti správních orgánů*“)<sup>926</sup> genannt. Bereits im Motivenbericht zum Gesetzesentwurf wurde nicht nur von der Tradition der

<sup>919</sup> Pl. ÚS 5/01, Nr. 149, Slg. ÚS, Band 24, C. H. Beck Praha 2002, S. 79.

<sup>920</sup> So *Skulová*, S.: a. a. O., S. 167 f. mit einem sich zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen bekennenden Urteil (Pl. ÚS 33/97, Slg. ÚS, Band 9, S. 408) und unter Relativierung durch eine gewisse „Ungefestigkeit“ („*neusazenost*“).

<sup>921</sup> Der Europäische Verwaltungsraum lässt sich nach *Pomahač*, R.: *Zásady správního řízení a evropské právo* (K návrh nového českého zákona o řízení před správními úřady), *Evropské a mezinárodní právo*, 2001, Nr. 3, S. 41 als Zusammenfassung von Prinzipien, Regeln und Maßnahmen definieren, die einheitlich in der Verwaltungstätigkeit der Mitgliedstaaten der EU geltend gemacht werden (vgl. auch *Pomahač*, R./*Vidláková*, O.: *Veřejná správa*, C. H. Beck Praha 2002, S. 47). *Skulová*, S.: a. a. O., S. 170 räumt aber selbst ein, dass sich insbesondere die Aufzählung von Wertpfeilern (Zuverlässigkeit und Vorhersehbarkeit, Offenheit und Transparenz, Verantwortlichkeit und Effektivität) des europäischen Verwaltungsraums als allgemeiner Rahmen einer ordnungsgemäßen und effektiven modernen öffentlichen Verwaltung zu verstehen ist, dessen Werte vor allem Gegenstand der Verwaltungspolitik ist. Sie stellen den weiteren Rahmen oder die Grundlagen für das Verwaltungsermessen dar, aber aus Sicht der allgemeinen Werte des demokratischen Rechtsstaats sind sie der engere Rahmen.

<sup>922</sup> Der tschechischen Verfassungsordnung liegt eine monistische Konzeption zugrunde.

<sup>923</sup> *Pomahač*, R.: a. a. O., S. 38.

<sup>924</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 171 ff.

<sup>925</sup> §§ 3 und 4 VwO a. F.

<sup>926</sup> §§ 2 bis 8 VwO n. F.

Regelung des Verwaltungsverfahrens auf dem Gebiet der Tschechischen Republik, sondern auch von der Judikatur des ehemaligen NSS, der bisherigen Rechtsprechung der allgemeinen Gerichte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und auch ausländischen Quellen – vor allem den Regelungen des Verwaltungsverfahrens in Polen, Deutschland, Österreich und den Niederlanden – sowie der Judikatur des EuGH und EGMR, unter Einbeziehung der erwähnten Dokumente des Europarats ausgegangen.<sup>927</sup> Nach *Pomahač* bekennt sich bereits der Entwurf der neuen Verwaltungsordnung offen zu einer Inspiration durch das europäische Verwaltungsrecht.<sup>928</sup>

*Skulová* beschreibt die dadurch auftretende Verschiebung als Ausdehnung der Bestimmung und Wirkungen der Grundsätze des Verwaltungsverfahrens zugleich auf die inhaltliche Seite oder die Qualität der Entscheidungen der Verwaltungsorgane, einschließlich derer im Rahmen des Verwaltungsermessens, neben der Beanspruchung von Kriterien allein für das prozedurale Vorgehen.<sup>929</sup>

Danach bestimmen als Grundsätze das Verwaltungsverfahren neben dem Grundsatz der Legalität (§ 2 Abs. 1) der Grundsatz der Vorhersehbarkeit als Ausdruck der Rechtssicherheit, der prozessualen wie materiellen Gleichheit aller Personen und des Verbots der Diskriminierung, des Schutzes des guten Glaubens, der Zweckmäßigkeit im Sinne der Effektivität und Geeignetheit sowie des Einklangs mit dem öffentlichen Interesse und des Verbots des Missbrauchs des Verwaltungsermessens.<sup>930</sup>

Nach *Skulová* kommt zwar dem letztgenannten Grundsatz des Verbots des Missbrauchs des Verwaltungsermessens (*zásada zákazu zneužití správního uvážení*)<sup>931</sup> kein eigenständiger Inhalt zu, dieser kann aber durch ordnungsgemäße Geltendmachung der anderen Grundsätze, insbesondere der allgemeinen Beachtung der Prinzipien der guten Verwaltung<sup>932</sup> und des Rechtsstaats ausgefüllt werden.<sup>933</sup> Nach der Regelung des § 78 Abs. 1 VwPO ist die konkrete

---

<sup>927</sup> Vgl. Motivenbericht zum Regierungsentwurf der Verwaltungsordnung, Parlamentsdruck Nr. 201.

<sup>928</sup> *Pomahač*, R.: a. a. O., S. 36 unter Betonung der Fragestellung, inwieweit der Europäisierungseinfluss die „stark eingebürgerte Vorstellung vom Inhalt der Verwaltungsordnung“ überwiegen kann.

<sup>929</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 172.

<sup>930</sup> Vgl. den Motivenbericht, a. a. O. und §§ 2 bis 8 VwO n. F. (vgl. ausführlich Ondruš, Radek: *Správní řád, nový zákon s důvodovou zprávou a poznámkami*, Linde Praha 2005, S. 30 ff., allerdings den Begriff des Verwaltungsermessens auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen verwendend); zu den einzelnen Grundsätzen auch *Skulová*, Soňa/Průcha, Petr/Havlan, Petr/Kadečka, Stanislav: *Správní právo procesní*, Eurolex Bohemia Praha 2005, S. 38 ff.).

<sup>931</sup> Vgl. § 2 Absatz 2 VwO n. F. (*Skulová*, Soňa/Průcha, Petr/Havlan, Petr/Kadečka, Stanislav: *Správní právo procesní*, Eurolex Bohemia Praha 2005, S. 41 ff.).

<sup>932</sup> Vgl. vor dem Hintergrund der nunmehr gültigen Neuregelung *Skulová*, S.: *Principy dobré správy jako součást modernizace veřejné správy*, *Právník* Nr. 6/2005.

<sup>933</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 172.



Profilierung dieses Grundsatzes Aufgabe der neu konstituierten Verwaltungsgerichtsbarkeit mit ihrer Überprüfungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung.

Die für den gesamten Vollzug der öffentlichen Verwaltung<sup>934</sup> verbindlichen angeführten Grundsätze sind nunmehr ausdrücklich in der VwO n. F. genannt oder umschrieben, ob für die Verwaltungspraxis mit ausreichender Bestimmtheit, ist erst zukünftig absehbar, da die Verwaltungs- und Gerichtspraxis noch mit der Umsetzung der Neuregelung überhaupt beschäftigt ist.

Nach *Skulová* ist im Hinblick auf die inhaltliche Seite von Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung für die Praxis der Rechtsanwendung besonders die Einführung des Prinzips der berechtigten Erwartung (der Vorhersehbarkeit) durchbrechend.<sup>935</sup>

In diesem Kontext sind die Prinzipien der guten Verwaltung auch als verbindliches Kriterium für die Kontrolltätigkeit der Gerichte gegenüber aufgrund von Verwaltungsermessen erlassenen Akten der öffentlichen Verwaltung grundlegendes Moment und Ausgangspunkt der notwendigen Änderungen der neuen Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, indem diese Prinzipien aus Sicht der zuständigen Gerichte bei der Beurteilung des etwaigen „Missbrauchs des Verwaltungsermessens“, der „Verhältnismäßigkeit auferlegter Verwaltungssanktionen“, aber auch der „Richtigkeit der Entscheidungen“ im Rahmen der Überprüfung gemäß Teil Fünf der ZPO n. F. heranzuziehen sind.

Als Beispiel für die verbindliche Anwendung der Prinzipien guter Verwaltung mit weitem Raum bzw. die Verpflichtung der Beachtung dieser Prinzipien bei der eigenen Entscheidungstätigkeit kann die neue Regelung der Verpflichtung der staatlichen Angestellten<sup>936</sup> und Mitarbeiter der territorialen Selbstverwaltung<sup>937</sup> dienen.<sup>938</sup>

---

<sup>934</sup> Vgl. § 177 Absatz 1 VwO n. F., der deren Anwendung auch für besondere Gesetze bestimmt, die keine entsprechende Regelung enthalten (vgl. dazu *Skulová, Soňa/Průcha, Petr/Havlan, Petr/Kadečka, Stanislav: Správní právo procesní, Eurolex Bohemia Praha 2005*, S. 50 mit Fn. 48).

<sup>935</sup> *Skulová, S.: a. a. O.*, S. 173; *Skulová, Soňa/Průcha, Petr/Havlan, Petr/Kadečka, Stanislav: Správní právo procesní, Eurolex Bohemia Praha 2005*, S. 45 f. Relevant ist die Formulierung aus § 2 Abs. 4 VwO n. F.:

„[...] dass bei Entscheidungen tatsächlich übereinstimmender oder entsprechender Fälle nicht unbegründete Unterschiede entstehen.“

(„[...] aby při rozhodování skutově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly.“).

<sup>936</sup> § 61 des Gesetzes Nr. 218/2002 Slg., in der Fassung des Gesetzes Nr. 281/2003 Slg.

<sup>937</sup> § 16 des Gesetzes Nr. 312/2002 Slg.

<sup>938</sup> Vgl. ausführlich *Skulová, S.: a. a. O.*, S. 176 ff. Hintergrund war nicht zuletzt die Übernahme aus dem Ethikkodex der Mitarbeiter der öffentlichen Verwaltung (Beschluss der Regierung Nr. 270/2001) und die Inspiration durch die Empfehlungen des Ministerrates (2000)10 über den Verhaltenskodex öffentlicher



## **II. Überprüfung von Ermessensentscheidungen der tschechischen öffentlichen Verwaltung**

In diesem Teil ist die Überprüfung und Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen der Verwaltung einerseits hinsichtlich der Kontrolle des Verwaltungsermessens im Verwaltungsverfahren, andererseits hinsichtlich der gerichtlichen Überprüfung zu untersuchen.

Das Hauptaugenmerk liegt auf der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung des Verwaltungsermessens unter der bis vor kurzem geltenden gesetzlichen Regelung des fünften Teils der Zivilprozessordnung a. F. und der neuen Regelung der Verwaltungsprozessordnung (VwPO) sowie des fünften Teils der ZPO n. F. Die Untersuchung geht im Besonderen dem Ausschlag in Richtung zur sog. vollen Jurisdiktion nach, und das namentlich bei der Überprüfung des Missbrauchs von Verwaltungsermessens.

Es werden die den Umfang der Ermessensprüfung bedingende grundsätzliche Aufgabe und Rolle der Gerichte bei der Bestimmung und der Durchsetzung von grundlegenden Ermessensprinzipien betrachtet.

### **1. Allgemeine Funktionsbestimmung der Überprüfung des Verwaltungsermessens durch die Gerichtsbarkeit und im Verwaltungsverfahren**

Unter dem Begriff der Überprüfung ist die Bewertung oder Kontrolle einer erlassenen Entscheidung, bei der es in der Befugnis des Überprüfungsorgans steht, eine bestimmte Eigenschaft und Qualität (oftmals die Gesetzmäßigkeit oder Rechtmäßigkeit bzw. auch andere qualitative Aspekte) der erlassenen Entscheidung zu beurteilen und auf Grundlage dieser Feststellung, gegebenenfalls die Entscheidung zu ändern oder aufzuheben, wobei das Ergebnis der Feststellung durch das Überprüfungsorgan hoheitlich durch eine bestimmte rechtliche Form (oftmals eine Entscheidung<sup>939</sup>) ausgedrückt wird.<sup>940</sup> Die Begriffsdefinition umfasst daher sowohl die Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen im

---

<sup>939</sup> Ergebnis nach der ehemaligen VwO bei der Überprüfung einer Entscheidung außerhalb des Berufungsverfahrens (Přezkoumávání rozhodnutí mimo odvolací řízení) war nicht notwendig eine Entscheidung, wenn dem Anlass des Beteiligten zur Überprüfung nicht entsprochen, die angefochtene Entscheidung nicht geändert oder aufgehoben wurde, sondern nur eine informelle Mitteilung (vgl. Šlauf, V. a kol.: Správní řád, komentář, 9. aktualisierte Auflage, Linde Praha 2001, § 65 Absatz 1, S. 115). Nunmehr regelt dies ausdrücklich das Überprüfungsverfahren (Přezkumné řízení) in § 94 Absatz 1 VwO n. F. am Ende: „[...] wenn das Verwaltungsorgan keine Gründe für die Einleitung des Überprüfungsverfahrens sieht, teilt es dem Antragsteller diese Tatsache mit den angeführten Gründen binnen 30 Tagen mit.“ („...“).

<sup>940</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 187 f.

Berichtigungsverfahren der Verwaltung (*opravné řízení správní*)<sup>941</sup> als auch durch die Gerichte.

Die Tätigkeit des Öffentlichen Rechtsombudsmanns fällt aber nicht darunter, da dieser nicht zur Änderung oder Aufhebung der erlassenen Verwaltungsentscheidung berechtigt ist, sondern in die Kategorie der Überprüfungsmittel oder Verfahren der Überprüfung in Bezug auf die erlassene Verwaltungsentscheidung gehört.<sup>942</sup> Aufgabe des Ombudsmanns ist es, etwaige Verletzungen von Rechtsvorschriften oder andere Bedenken in den Grenzen des Gesetzes über den Öffentlichen Rechtsombudsmann festzustellen (§ 1 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 349/1999 Slg., über den Öffentlichen Rechtsombudsmann) und im Fall der positiven Feststellung die Behörde anzurufen, diese Feststellungen auszudrücken (§ 18), bzw. einige Maßnahmen zugunsten der Entscheidung beantragen zu können (§ 19), unter ihnen an erster Stelle die Einleitung des Verfahrens über die Überprüfung der Entscheidung, die Handlung oder das Vorgehen der Behörde, wenn es von Amts wegen eingeleitet werden kann.

Einer der Gründe ist, dass die Tätigkeit des Ombudsmanns nicht nur die Natur einer Kontrolle der „Rechtmäßigkeit“ im Handeln der öffentlichen Verwaltung hat, sondern auch weiterer, nichtrechtlicher Gesichtspunkte wie dem Gesetz unterzuordnender Prinzipien der „guten Verwaltung“, vor allem aus dem Bereich der Berufsethik der öffentlichen Verwaltung oder des Erfordernisses der Effektivität der öffentlichen Verwaltung, bei deren Verletzung in der Tat unmöglich allgemein überprüfende rechtliche Mechanismen geltend gemacht werden können (sofern es das Gesetz nicht als Grund für die Überprüfung ausdrücklich bestimmen würde).

Durch gesetzliche Bestimmung ist einmal einerseits der Bereich der Tätigkeit des Ombudsmanns begrenzt und die eigene Überprüfungstätigkeit andererseits, und zugleich das Verhältnis zwischen diesen.<sup>943</sup> Diese Lösung entspricht im Übrigen der weiten Geltendmachung des Berichtigungsmodells durch die Institution des Typus Ombudsmann, wie *Sládeček* es definiert. Der Ombudsmann ist im Verhältnis zu übergeordneten Behörden, die untergeordneten Weisungen geben, auch kein unabhängiges besonderes staatliches Organ, das selbständig mit externen Wirkungen entscheidet. Seine Berechtigungen haben nur initialen, begrenzten Charakter, die sich in der Form von Anträgen, Empfehlungen, Ansichten etc. äußern.<sup>944</sup>

Je weniger allerdings die Tätigkeit des Öffentlichen Rechtsombudsmanns in den begrenzten Bereich der Überprüfung von durch Verwaltungsorgane erlassenen Entscheidungen eingeht, desto mehr ist die weit wirkende kultivierende Aufgabe gegenüber der Tätigkeit der

---

<sup>941</sup> Dieser Begriff wird in der Literatur (Hendrych, D.: a. a. O., S. 236) der Bezeichnung als Rechtsmittel (*opravné prostředky*) vorgezogen, weil das Überprüfungsorgan nicht notwendig eines der übergeordneten Instanz sein muss.

<sup>942</sup> *Sládeček*, V.: *Zákon o Veřejném ochránci práv, komentář*, C. H. Beck Praha 2000, S. 21.

<sup>943</sup> Vgl. insbesondere § 1 Absatz 4 des zitierten Gesetzes.

<sup>944</sup> Vgl. *Sládeček*, V.: a. a. O., S. XXVI.

öffentlichen Verwaltung in Richtung Ausfüllung der Prinzipien der guten Verwaltung zu betonen, um gerade aus dem Raum des Verwaltungsermessens Willkür und Ungerechtigkeit zu tilgen.<sup>945</sup> Entsprechend wie bei der Tätigkeit des Öffentlichen Rechtsombudsmanns kann die Erledigung von Beschwerden und Petitionen nach den einschlägigen Vorschriften<sup>946</sup> unmöglich als Überprüfung von Entscheidungen angesehen werden, da es zunächst nur zur Einleitung des Verfahrens der Überprüfung kommen kann, wenn die getätigten Feststellungen Anlass dafür werden können.<sup>947</sup>

Bei der Überprüfung der aufgrund von Verwaltungsermessens erlassenen Entscheidungen geht es um die richtige Bestimmung, ob das entsprechende Verfahren der Überprüfung die Frage der Beurteilung des Verwaltungsermessens überhaupt betrifft, ob ein Verwaltungsermessens des Verwaltungsorgans in der einschlägigen Vorschrift begründet wird, auch in welchem Umfang und mit welchem Inhalt, und ob tatsächlich das Verwaltungsermessens in der Entscheidung – auch richtig - gebraucht wurde. Das Kriterium der „Richtigkeit“ („*správnost*“) kann dabei verschiedene Bedeutung und erheblich unterschiedlichen Inhalt haben, von der direkten Übereinstimmung mit einem einfachen konkreten Kriterium bis zur Entsprechung einer komplizierten Struktur oder von Standards. Es geht insoweit einmal um eine durch die Tätigkeit des Gesetzgebers zu beantwortende interpretatorisch-rechtliche Frage und ein von den Verwaltungsorganen bzw. den Überprüfungsorganen unter Heranziehung aller relevanten Gesichtspunkte und Erfordernisse zu lösendes Problem der Rechtsanwendung.

Das innerhalb des Systems der öffentlichen Verwaltung geltend gemachte Überprüfungsregime im Rahmen der einschlägigen Berichtigungsverfahren beeinträchtigt allgemein nicht den spezifischen Charakter der unter Gebrauch von Verwaltungsermessens erlassenen Entscheidungen und weist folglich keine besonderen Bestimmungen auf, die die Überprüfung auf Verwaltungsermessens begründeter Entscheidungen betreffen.<sup>948</sup>

---

<sup>945</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 189.

<sup>946</sup> Vgl. Regierungsverordnung Nr. 150/1958 Ú. l., über die Erledigung von Beschwerden, Anzeigen und Arbeitsinitiativen, das Gesetz Nr. 85/1990 Slg., über das Petitionsrecht.

<sup>947</sup> Die Beschwerde oder Petition können aber einen sog. anderen Anlass für das Überprüfungsverfahren (das die frühere Überprüfung der Entscheidung außerhalb des Berufungsverfahrens abgelöst hat) und das Wiederaufnahmeverfahren darstellen.

<sup>948</sup> Gemeint sind in diesem Zusammenhang also nicht die vor allem für den Ermessensmissbrauch relevanten „Grundlegenden Grundsätze der Tätigkeit der Verwaltungsorgane“ aus § 2 VwO n. F. (ggf. §§ 3 bis 8 VwO n. F.).

Soweit es um das Berufungsverfahren (*odvolací řízení*) geht, wird die Überprüfung in vollem Umfang<sup>949</sup>, d. h. hinsichtlich des Einklangs mit Rechtsvorschriften und auch der sachlichen Richtigkeit, Geeignetheit, Zweckmäßigkeit und Angemessenheit etc. geltend gemacht.<sup>950</sup>

Dadurch wird ermöglicht, dass gegen im Verwaltungsverfahren erlassene Entscheidungen unter Anderem Einwände geltend gemacht werden, die sich auf die Verletzung auch anderer Gesichtspunkte als konkrete in den die gegebene Entscheidungsart regelnden Regelungen bestimmenden Rechtsvorschriften stützen. Das können vor allem auch allgemeine Prinzipien des Verwaltungsrechts und die Prinzipien der guten Verwaltung sein, für die der Bereich der Entscheidungen aufgrund von Verwaltungsermessen ein „angemessenes Wirkungsfeld“<sup>951</sup> im Rahmen von Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung darstellt.

In Bezug auf das sog. Überprüfungsverfahren nach den §§ 94 ff. VwO n. F., das die sog. Überprüfung von Entscheidungen außerhalb des Berufungsverfahrens nach den §§ 65 ff. VwO a. F. ablöst, gilt weiterhin, dass die Geltendmachung anderer Gesichtspunkte als die ausdrücklich und konkret bestimmten nicht zulässig, wenn nicht gänzlich ausgeschlossen ist, weil die Gründe im Widerspruch der Entscheidung zu Rechtsvorschriften (§ 94 Absatz 1 VwO n. F. am Anfang) zu suchen sind.<sup>952</sup> Auch hinsichtlich des Wiederaufnahmeverfahrens ist die Erfüllung konkret und taxativ bestimmter Bedingungen erforderlich, die keinen Raum für die Anwendung anderer Gesichtspunkte eröffnen.<sup>953</sup>

Die bisher angeführten innerhalb, vor allem zwischen einzelnen Instanzen der öffentlichen Verwaltung geltend gemachten Überprüfungsregime erfüllen nicht eine der grundlegenden aus Art. 6 EMRK hervorgehenden Voraussetzungen des fairen Verfahrens in Angelegenheiten sog. bürgerlicher Rechte und Verbote oder irgendeiner strafrechtlichen Beschuldigung,

---

<sup>949</sup> Vgl. zur früheren Regelung § 59 Absatz 1 VwO a. F. ausdrücklich: „Das Berufungsorgan überprüft die angefochtene Entscheidung in vollem Umfang [...]“ („“) (vgl. dazu Hendrych, D.: a. a. O., 4. Auflage, S. 237; Šlauf, V. a kol.: a. a. O., S. 103). Zwar findet sich nunmehr nicht die gleiche ausdrückliche Formulierung, der Überprüfungsumfang umfasst aber auch die sachliche Richtigkeit (vgl. § 90 Absatz 1 VwO n. F.).

<sup>950</sup> § 90 Absatz 1 VwO n. F.: „[...] die angefochtene Entscheidung [...] in Widerspruch zu Rechtsvorschriften oder [...] unrichtig ist [...]“ („“) (vgl. dazu Skulová, Soňa/Průcha, Petr/Havlan, Petr/Kadečka, Stanislav: a. a. O., S. 196, die auch den Überprüfungsumfang der sachlichen Richtigkeit im Falle fehlenden öffentlichen Interesses als auf den Umfang der in der Berufung angeführten Einwände beschränkt klarstellen).

<sup>951</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 191.

<sup>952</sup> Vgl. zur alten Rechtslage bereits Hendrych, D.: a. a. O., 4. Auflage, S. 242. Die Regelung des § 65 Absatz 2 VwO a. F. verwendete die Formulierung: „[...] Widerspruch zum Gesetz, allgemein verbindlichen Rechtsvorschriften oder allgemein verbindlichen Verordnungen.“ („“). Nach Skulová, S.: a. a. O., S. 192 entspricht diese Form der Kriterienbestimmung der Zeit einer Gesetzesauffassung, die vom klassisch begriffenen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit, nicht Rechtmäßigkeit ausging. Die Verwendung des weiteren Kriteriums der Rechtmäßigkeit ist (bisher) danach für diesen Fall allgemein nicht erwogen worden.

<sup>953</sup> Vgl. § 100 Absatz 1 VwO n. F. (auch § 62 Absatz 1 VwO a. F.).

nämlich der Verhandlung der Sache (zumindest in der Überprüfungsinstanz<sup>954</sup>) durch ein unabhängiges gerichtstypisches Organ. Allgemein werden diese daher in den Grenzen des Art. 36 Abs. 1 und 2 der Urkunde<sup>955</sup> nicht als ausreichende Gewährleistung des Schutzes öffentlicher subjektiver Rechte angesehen.

„Die Verbindung demokratischer und rechtlicher Attribute soll angedeutet werden, dass die TR [Tschechische Republik] sich demokratisch vom ausgeformten Recht leiten lassen wird und dass das demokratische staatliche Regime den Bürgern ausreichende Gewährleistungen dafür liefert, dass sie ihre Rechte oder die Beseitigung von Unrecht bei unabhängigen Gerichten erlangen können.“<sup>956</sup>

Daher richtet sich hinsichtlich spezifischer Entscheidungen aufgrund von Verwaltungsermessen das Augenmerk auf dessen Überprüfung im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>957</sup> und innerhalb des Regimes des neuen fünften Teils der Zivilprozessordnung<sup>958</sup>, die – nicht ganz unumstritten, aber auch hier vertreten - jeweils eine Erweiterung und Vertiefung der gerichtlichen Kognitionsbefugnis widerspiegeln, soweit es um die Überprüfung von Verwaltungsermessen geht.

Nach *Skulová* ist aus der geforderten „Ansprüchigkeit“ der gerichtlichen Kontrolle gegenüber dem Vollzug der Ermessensfreiheit zu folgern, dass die öffentliche Verwaltung nicht auf die notwendigen Gesichtspunkte der Rechtmäßigkeit, Richtigkeit und Gerechtigkeit ihrer Geltendmachung verzichten kann. Denn selbst, wenn man im Hinblick auf Art. 6 Absatz 1 EMRK eine derartige Lösung als akzeptabel ansehen würde, ergibt sich bereits für den Bereich der Entscheidungen über subjektive Rechte die Notwendigkeit, von der öffentlichen Verwaltung nicht nur Gesetzmäßigkeit, sondern auch Richtigkeit und Gerechtigkeit von Ermessensentscheidungen zu verlangen.<sup>959</sup>

Die angeführten Regeln zur Überprüfungscompetenz können – vor dem Hintergrund einer verfassungskonformen Auslegung – nicht allgemein auf eine bloße Gesetzmäßigkeitskontrolle im traditionell „engen“ Verständnis reduziert werden, sondern verlangen das Heranziehen

---

<sup>954</sup> Vgl. die Entscheidung des EGMR in der Sache *Albert et Le Compte*.

<sup>955</sup> Art. 36 Absatz 1 und 2 der Urkunde lauten: „...“ („“).

<sup>956</sup> Hendrych, D./Svoboda, C./??? : *Ústava České republiky, komentář*, C. H. Beck Praha 1997, S. 2.

<sup>957</sup> Gesetz Nr. 150/2002 Slg.

<sup>958</sup> Gesetz Nr. 151/2002 Slg.

<sup>959</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 193 unter Berufung auf *Pomahač*, R.: *K reformě správního soudnictví v České republice*, *Evropské a mezinárodní právo*, 2001, Nr. 7-8, S. 8 und unter Bezugnahme auf die Empfehlungen (80)2.

aller relevanten vorhandenen auch die qualitative Seite der Entscheidung mit Verwaltungsermessen verbindlich bestimmenden Gesichtspunkte.<sup>960</sup>

## 2. Ermessensüberprüfung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit

### a) Einführung

Zur Zeit der Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Gebiet der Tschechischen Republik bzw. der Tschechoslowakei im damaligen Österreich-Ungarn behandelte die Problematik der Überprüfung des Ermessens erstmals das bereits erwähnte Gesetz Nr. 36/1876 Rslg.<sup>961</sup>, das bestimmte, dass vom Wirkungsbereich der Gerichte

„Angelegenheiten, in denen und soweit die Behörden befugt sind, nach *freiem Ermessen* zu verfahren“<sup>962</sup>,

ausgenommen sind.<sup>963</sup>

Nach Entstehung der Tschechoslowakei wurde zwar durch das Gesetz Nr. 3/1918 Slg. die Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit rezipiert, mit den Änderungen, die unter Anderem das Verwaltungsermessen berührten. Der oben zitierte Ausschluss wurde nicht übernommen, das Gesetz führte dabei allerdings nichts Näheres zum Umfang der Überprüfung aus. Man begriff aber, dass es in „sachlicher“ Hinsicht in Wirklichkeit nicht um die Überprüfung eines freien Ermessens ging, sondern lediglich um die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit von Verwaltungsakten, wenn nämlich das Gericht prüfen sollte, ob die Verwaltungsbehörde von „der ihm durch das Gesetz überlassenen Freiheit“<sup>964</sup> Gebrauch gemacht hatte.

Den Umfang der Überprüfung freien Ermessens präziserte bald das ehemalige NSS in einem seiner Urteilssprüche so, dass dem Gericht lediglich die Prüfung obliegt, ob die

---

<sup>960</sup> Vgl. dagegen auch Sládeček, V.: a. a. O., der bei den gerichtlichen Überprüfungsregelungen das mit dem klassischen Gesetzmäßigkeitsbegriff zusammenhängende kassatorische Prinzip betont (vgl. eingehender unten).

<sup>961</sup> Hier ist die österreichische Reichsgesetzessammlung (Rslg.) (*Říšský zákoník* (Ř.z.)) gemeint.

<sup>962</sup> § 3 e des genannten Gesetzes.

<sup>963</sup> Vgl. Sládeček, Vladimír: *Obecné správní právo* (Allgemeines Verwaltungsrecht) ASPI 2004 Praha, s. 126.

<sup>964</sup> Hácha, Emil: *Nejvyšší správní soud* (Das Oberste Verwaltungsgericht). In: *Slovník veřejného práva československého* (Wörterbuch des öffentlichen tschechoslowakischen Rechts), díl II (Band II), Brno Polygrafia, 1932, S. 829.



Verwaltungsbehörde nicht die Grenzen des durch das Gesetz begrenzten Ermessens überschritten hat,

„[...] ob die Verwaltungsbehörde nicht jenen Raum ihrer beschränkten Bewegungsfreiheit verlassen hat, d. h. ob sie nicht jene Grenze überschritten hat, die ihr die gesamte Intention des Gesetzes und die Beschaffenheit der Sache vorschreiben, besonders, ob sie sich bei ihrer Entscheidung nicht von anderen Gesichtspunkten hat leiten lassen, als nach der gesetzlichen Vorschrift zu berücksichtigen sind [...] das Recht des Obersten Verwaltungsgerichts, auch Angelegenheiten des freien Ermessens seiner Spruchgewalt zu unterwerfen, beinhaltet in sich nicht auch die Befugnis, anstelle des freien Ermessens der staatlichen Behörde sein eigenes freies Ermessen zu setzen“<sup>965</sup>.

Die Entscheidung zugunsten der Verwaltung wurde also beibehalten.

## b) Entwicklung und Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik

An dieser Stelle ist die historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Tschechische Republik nachzuzeichnen, bevor Ausführungen zur neueren Verfassung der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen nach 1989 und der jüngst verabschiedeten Verwaltungsprozessordnung (VwPO) gemacht werden.

### aa) Historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hatte in den böhmischen Ländern<sup>966</sup> nach der Entstehung der Tschechoslowakei in der 1. Hälfte des vergangenen Jahrhunderts enormes Gewicht, da sie zur Steigerung des fachlichen Niveaus des Entscheidungsprozesses der Verwaltungsbehörden beitrug.<sup>967</sup> In der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhundert fand eine Verdrängung statt.

---

<sup>965</sup> Urteil vom 21.01.1919 – Boh. adm. 13/1 (Bohuslavova sbírka nálezu Nejvyššího správního soudu ve věcech administrativních (1918-1949), Nr. 13, Jahrgang 1 (Jos. V. Bohuslav: Slg. der Erkenntnisse des Obersten Verwaltungsgerichts in Verwaltungsachen, Jahrgang 1, Nr. 13)).

<sup>966</sup> Vgl. Pomahac Aufsatz, Vopalka Aufsatz Právní rozhledy 21/04.

<sup>967</sup> Vgl. Polján, Milan: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Tschechien in: Wieser, Bernd/Stolz, Armin (Hrsg.) Vergleichendes Verwaltungsrecht in Ostmitteleuropa – Grundriss der Verwaltungsordnungen Polens, Tschechiens, der Slowakei und Ungarns, Verlag Österreich GmbH 2004, S. 459.

Gerade die Betonung einer Beachtung des Rechts setzte sich mehrfach der Kritik aus.<sup>968</sup> Durch die Abschaffung der Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die Verwaltung unter kommunistischer Herrschaft durch das Gesetz Nr. 65/1952 Slg., über die Prokuratur, wurde eines der wichtigsten Elemente des Rechtsstaats zunichte gemacht. In der folgenden Zeit wurde die gerichtliche Kontrolle über die staatliche Verwaltung auf wenige Fragen begrenzt. Später – wie bereits angedeutet – führte dann erst die allgemeine Gerichtsbarkeit die „Überprüfung von Entscheidungen anderer Organe“ im zivilprozessualen Verfahren ( ZPO a. F.) durch.<sup>969</sup>

Nach der politischen Wende und insbesondere nach der Teilung sowie in deren Folge der Entstehung der Tschechischen Republik am 1. Januar 1993 veränderte sich die Situation grundlegend: es folgte die Renaissance der Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>970</sup>. Die Zivilprozessordnung (a. F.) wurde novelliert und die Verwaltungsgerichtsbarkeit – allerdings unzureichend - neu geregelt.

#### bb) Grundlagen der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen nach 1989

Die Grundlage für den grundrechtlichen Schutz durch Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde im November 1989 in Art. 36 Abs. 2 der Urkunde verankert, der am 1.1.1992 in Kraft getreten ist. Daraufhin wurde ein mit „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ bezeichneter 5. Teil (§§ 244 – 250s) in die Zivilprozessordnung a. F. eingefügt, der - wie im Jahr 1952 - ein eininstanzliches Verwaltungsgerichtsverfahren bei spezialisierten Senaten der allgemeinen Kreisgerichte regelte. Die §§ 244 – 250s der Zivilprozessordnung a. F. wurden jedoch von Anfang an lediglich als „Übergangsregelungen“ eingestuft, da der dort gewährleistete verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz aufgrund seines zu geringen Umfangs als unzureichend bewertet wurde<sup>971</sup> – vor allem im Hinblick auf die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK.

---

<sup>968</sup> Mikule, Vladimír: Verwaltungsrecht und öffentliche Verwaltung auf dem Territorium der Tschechischen Republik nach 1945, in: Mohnhaupt, Heinz /Schönfeldt, Hans-Andreas (Hrsg.): Nachkriegsgesellschaften: (1944-1989), Einführung in die Rechtsentwicklung; mit Quellendokumentation, Band 4, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Frankfurt a. M. 1998, S. 156 mit einem Beispiel.

<sup>969</sup> Vgl. §§ 244-250 Gesetz Nr. 99/1963 Slg., ZPO (mit mehrmals folgenden Novellierungen). Nachweise u. a. Mikule, a. a. O., S. 157.

<sup>970</sup> Polian, a. a. O., S. 459. Vor dem Hintergrund, dass es erst ein Jahrzehnt nach der ZPO-Novellierung zur verfassungsmäßig gebotenen Wiedererrichtung einer organisatorisch selbständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit kam, ist dies Begrifflichkeit vielleicht etwas überzogen.

<sup>971</sup> So z. B. die rückblickende Bestandsaufnahme von Trettenbach, Ursula: Die neue tschechische Verwaltungsgerichtsordnung, Einführung und Übersetzung, Forschungsverbund Ost- und Südosteuropa (forost München), Arbeitspapier Nr. 12 Februar 2003, S. 10.

cc) Verwaltungsprozessordnung (VwPO)

Das Oberste Verwaltungsgericht (NSS) in Brunn (Brno) wurde allerdings erst ein Jahrzehnt danach in den Gerichtsaufbau eingegliedert. Maßgeblichen Anteil daran hatte das tschechische Verfassungsgericht, das die Regelungen zumal vor dem Hintergrund des Art. 91 Abs. 1 der tschechischen Verfassung zum 31.12.2002 aufgehoben hatte<sup>972</sup>.

Einführend sollen einige Bemerkungen zu allgemeinen, organisations- und verfahrensrechtlichen Grundlagen der neuen Regelung folgen, sofern diese gerade für die Diskussion der Ermessensproblematik von Bedeutung sind.<sup>973</sup>

Für die Konzeption der neuen VwPO diene der ursprüngliche Ausgangspunkt: als öffentliches Rechtsinstitut ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit Ergebnis des Dualismus von öffentlichem Recht und Privatrecht im kontinentaleuropäischen Rechtskreis zur Sicherung des Schutzes öffentlicher subjektiver Rechte.<sup>974</sup>

In Tschechien gewann die neue Prozessordnung vor dem Hintergrund der Verbesserung der Durchsetzung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung besondere Bedeutung, wird doch die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung als unverzichtbares Kernelement des Systems der rechtlichen Sicherung dieses Grundsatzes gesehen,<sup>975</sup> der in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verfassungsmäßigkeit der Verwaltung steht.<sup>976</sup>

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird aber auch jetzt nur als teilweise selbständige Gerichtsbarkeit ausgeübt. In verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten entscheiden nach dem Verwaltungsberufungsverfahren in der ersten Instanz spezielle Verwaltungssenate der

---

<sup>972</sup> Zur insoweit nicht ganz unumstrittenen Entscheidung vgl. den Aufsatz von Mikule, M./Sládeček, Vl.: a. a. O.

<sup>973</sup> So wurde z. B. anders als in Deutschland der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Tschechien nicht die Kompetenz eingeräumt, Rechtsvorschriften für nichtig zu erklären, wenn sie gegen Gesetze verstoßen; diese Kompetenz bleibt weiterhin ausschließlich dem tschechischen Verfassungsgericht vorbehalten, so Trettenbach, Ursula: a. a. O., S. 11.

<sup>974</sup> So bereits Weyr, František: Československé správní právo. Obecná část (Allgemeines Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), Praha/Brno 1922, S. 109.

<sup>975</sup> Vgl. Hendrych, Dušan a kol. (u. a.): Správní právo. Obecná část (Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil). Praha 2002, S. 77 ff; Boguszak, Jiří: Právní principy, hodnoty a finalita (Rechtsprinzipien, Werte und Finalität), in: Boguszak, J. (Hrsg.), Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law, Pelhřimov 1999, S. 10 ff; Knapp, Viktor: Teorie práva (Rechtstheorie), Praha 1995, S. 212.

<sup>976</sup> Vgl. bereits Merkl, Adolf: Obecné právo správné (*Allgemeines Verwaltungsrecht*), díl II (*Band II*), Praha/Brno 1932, S. 157 ff.

Kreisgerichte (*krajské soudy*)<sup>977</sup> (§ 3 Abs. 1 Satz 2 VwPO), also organisatorisch die allgemeine Gerichtsbarkeit. In Berufungsangelegenheiten ist das neu gegründete Oberste Verwaltungsgericht (*Nejvyšší správní soud (NSS)*) (§ 11 ff. VwPO) in Brunn (§ 11 Absatz 2 VwPO)<sup>978</sup> zuständig. Bestimmte Angelegenheiten bleiben Verwaltungsrichtern als Einzelrichtern am Kreisgericht vorbehalten.

Die Kreisgerichte entscheiden u. a. über Klagen gegen Verwaltungsentscheidungen, wegen Untätigkeit der Verwaltung, gegen rechtswidrige Eingriffe der Verwaltung in öffentliche subjektive Rechte von natürlichen und juristischen Personen (§ 2 VwPO) und bei Kompetenzstreitigkeiten (§ 4 VwPO), in zweifelhaften Fällen ist das NSS zuständig.

Dem NSS<sup>979</sup> fällt als höchste Instanz in Verwaltungsangelegenheiten neben den Kassationsverfahren die Überwachung der rechtskräftigen Entscheidungen der Kreisgerichte<sup>980</sup> und gegebenenfalls die Beschließung verbindlicher Stellungnahmen oder Grundsatzentscheidungen zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung zu.

Ihm stehen ein Präsident und ein Vizepräsident vor, die ihrerseits vom Staatspräsidenten ernannt werden.<sup>981</sup> Das NSS entscheidet in Senaten und erweiterten Senaten.

Die erweiterten Senate entscheiden z. B., wenn die Rechtsprechung der Senate vereinheitlicht werden muss oder eine Grundsatzentscheidung erforderlich ist, verbindliche Stellungnahmen dagegen werden im Plenum gefasst<sup>982</sup>.

### c) Überprüfung von Ermessensentscheidungen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit

---

<sup>977</sup> In der Tschechischen Republik findet sich ein vierstufiger Gerichtsaufbau der allgemeinen Gerichtsbarkeit mit 88 Amtsgerichten (Bezirksgewichten), acht Landgerichten (Kreisgerichten), zwei Obergerichten und dem Obersten Gericht, vgl. einführend auf deutsch Bohata, Petr: Justizreformen in der Tschechoslowakei und ihren Nachfolgestaaten, forost (Forschungsverbund Ost- und Südosteuropa) Nr. 16 München November 2003, S. 23-25.

<sup>978</sup> Dort haben auch das Oberste Gericht (*Nejvyšší soud (NS)*) und das Verfassungsgericht (*Ústavní soud (ÚS)*) ihren Sitz.

<sup>979</sup> Bohata, a. a. O., S. 26 spricht vom Verwaltungsgerichtshof auch u. a. deswegen als an sich vollkommen systemwidrige und überflüssige höchste Instanz im Verwaltungsgerichtsverfahren.

<sup>980</sup> Vgl. das Erneuerungsverfahren (*Obnova řízení*), §§ 111 ff. VwPO.

<sup>981</sup> Insoweit soll auf die sich unlängst wieder zugespitzte, mit dem schon leidigen Thema der Vollendung der Justizreform verbundene Problematik in der allgemeinen Gerichtsbarkeit hingewiesen werden. Der Staatspräsident Klaus entließ dabei von einem Tag auf den anderen die Präsidentin des Obersten Gerichts ohne irgendeine Form der rechtsstaatlich gebotenen Anhörung und ohne entsprechend stichhaltige Begründung auf Anraten des amtierenden Justizministers, vgl. die über den Umgang der Politik mit der Justiz aufschlussreiche Darstellung bei Springer, Paul: Gewaltenteilung in Tschechien, WiRO 2006, S. 109 ff (ders. zum Thema Justizreform in WiRO 2006, S. 81 ff.).

<sup>982</sup> Hier soll auf das gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verstoßende Anwesenheitsrecht des Justizministers hingewiesen werden.

Nach Abschaffung des ehemaligen NSS im Jahre 1952 fristete die Verwaltungsgerichtsbarkeit über längere Zeit nur ein Randdasein, erst die Ereignisse des Jahres 1989 ermöglichten ihre Rückkehr, in deren Folge die ihre Verankerung in der Urkunde der Grundrechte und –freiheiten (Art. 36 Abs. 2<sup>983</sup> der Urkunde). Wie bereits erwähnt wurde letztlich das Gesetz Nr. 519/1991 Slg. angenommen, das die ZPO a. F. um den fünften Teil ergänzte, wodurch es praktisch zur Wiederherstellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit kam.

Soweit es um das Verwaltungsermessen geht, bestimmte § 245 Abs. 2 ZPO in der damals erneuerten Fassung, dass

„bei der Entscheidung, die das Verwaltungsorgan auf Grund des durch das Gesetz gestatteten *freien Ermessens (Verwaltungsermessen)* erlässt, das Gericht nur prüft, ob eine solche Entscheidung nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat“<sup>984</sup>.

Das bedeutete, dass die Regelung abermals nur die gerichtliche Überprüfung im Hinblick auf die Gesetzmäßigkeit ermöglichte.

Nach der gegenwärtigen Regelung des § 78 Abs. 1 VwPO gilt, dass wegen

„Gesetzeswidrigkeit das Gericht die angefochtene Entscheidung auch dann aufhebt, wenn es feststellt, dass das Verwaltungsorgan die durch das Gesetz bestimmten Grenzen des Verwaltungsermessens überschritten oder es missbraucht hat“<sup>985</sup>.

Als Neuheit erscheint die Möglichkeit des Verwaltungsgerichts, auch gegebenenfalls den „Missbrauch“ des Verwaltungsermessens zu beurteilen, lässt sich doch offensichtlich einwenden, dass der Missbrauch selbst in der Regel schon ein „Überschreiten“ der durch das Gesetz bestimmten Grenzen bedeutet.<sup>986</sup> Dadurch stellt sich die Frage der rechtsdogmatischen Abgrenzung zwischen Rechtskontrolle und Ermessenskontrolle, ob also in bestimmten Fällen

---

<sup>983</sup> Charta der Grundrechte und Grundfreiheiten, verkündet durch Beschluss des Präsidiums des Tschechischen Nationalrats Nr. 2/1993 Slg. als Bestandteil der Verfassungsordnung der Tschechischen Republik.

<sup>984</sup> Gesetz Nr. 151/2002 Slg., Zivilprozessordnung alter Fassung.

<sup>985</sup> Gesetz Nr. 150/2002 Slg., Verwaltungsprozessordnung, in neuester Fassung.

<sup>986</sup> So bereits kritisch Sládeček, V.: a. a. O. Zum französischen Vorbild und dem Missbrauch siehe Jöhr, E.: a. a. O., S. 174 ff, 176 (=Gewaltenablenkung in Form Zweckentfremdung), bei Merkl vorsätzliche bewusstes Zuwiderhandeln gegen öffentliches Interesse (siehe auch Merkl, A.: a. a. O., S 157) *détournement de pouvoir* (controle minimum), aber auch in Österreich bei Missbrauch (nicht im Sinne des Gesetzes) keine Ersetzungsbefugnis

das Gericht dann das Ermessen der Verwaltung ersetzen können wird, wie es die Regelung des § 78 Abs. 2 VwPO für die Überprüfung von Verwaltungsdelikten bestimmt:

„Entscheidet das Gericht über die Klage entgegen der Entscheidung, durch die das Verwaltungsorgan für ein Verwaltungsdelikt die Strafe verhängt hat, kann das Gericht, wenn keine Gründe für die Aufhebung der Entscheidung nach Abs. 1 vorliegen, sondern die Strafe in offensichtlich unangemessener Höhe auferlegt wurde, von ihr absehen oder sie in den durch das Gesetz *zugelassenen Grenzen herabsetzen*, wenn sich eine solche Entscheidung auf Grund des Sachverhalts, von dem das Verwaltungsorgan ausgeht und den das Gericht durch gegebenenfalls eigene Beweisführung in keinerlei grundsätzlicher Richtung ergänzt hat, fällen lässt und wenn ein solches Verfahren des Klägers in der Klage beantragt wurde“.

Bereits diese neu bestimmte Möglichkeit der Ersetzung des Verwaltungsermessens durch das richterliche Ermessen ruft nach *Sládeček* gewisse Bedenken hervor.<sup>987</sup> Obwohl es sich als Bemühen um eine Entsprechung gegenüber Art. 6 Absatz 1 EMRK<sup>988</sup> begreifen lässt, kann nämlich die Frage gestellt werden, ob in der Tat „volle Jurisdiktion“ (nach erwähntem Autor ist der Begriff einigermaßen nebulös und ungeklärt, weil abgeleitet aus einzelnen, manchmal nicht ganz vergleichbaren und nicht selten argumentativ keineswegs völlig gleichförmigen Entscheidungen des EGMR)<sup>989</sup> bei der Überprüfung der Verwaltungsentscheidungen auch das Bedürfnis oder sogar die Notwendigkeit der Ersetzung des Verwaltungsermessens durch „ungebundenes“ Ermessen des Gerichts bedeutet (wenn auch nur beim Verwaltungsstraferkenntnis), indem das Kassationsprinzip hinter ein Reformationsprinzip zurücktritt. Faktisch kommt es so zur Durchbrechung des gegenteiligen allgemein anerkannten Grundsatzes, nach dem das Verwaltungsermessen nicht durch gerichtliches Ermessen ersetzt wird. Es geht also im Kern abermals um die Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung.<sup>990</sup>

*Sládeček* resümiert, dass die Art der Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen in Angelegenheiten der Verwaltungsdelikte, wie sie in der neuen rechtlichen Regelung verankert ist, weder den aus der Theorie der Gewaltenteilung abgeleiteten geübten Rechtsbräuchen noch offensichtlich den sich aus der Rechtsprechung der europäischen Organe ergebenden

---

<sup>987</sup> Vgl. *Sládeček*, Vladimír: *Obecné správní právo* (Allgemeines Verwaltungsrecht) ASPI 2004 Praha, S. 127.

<sup>988</sup> Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (veröffentlicht unter Nr. 209/1992, in der Fassung der Nr. 243/1998) zur Umsetzung der EMRK.

<sup>989</sup> Vgl. hierzu auch Baxa, J./Mazanec, Michal: *Správní soudnictví* (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*), *Právní rádce* 1/2002, S. 8.

<sup>990</sup> Vgl. bspw. Kotulski, M.: *Otázka správní úvahy v polské správní jurisdikci* (*Die Frage des Verwaltungsermessens in der polnischen Verwaltungsgerichtsbarkeit*). *Justiční praxe*, 3/2002, bes. S. 130.

Anforderungen entspricht.<sup>991</sup> Danach ist es abzusehen, dass die Verwaltungsgerichte nach der neuen Regelung in einigen Fällen – wenn auch abweichend oder ausschließlich – sogar den Antrag beurteilen werden, damit das Gericht die Verwaltungsstrafe herabsetzt oder von ihr absieht, was infolgedessen die Möglichkeit der Ersetzung des Verwaltungsermessens durch das Ermessen des Gerichts bedeutet.

Danach spricht dafür, dass der Durchsetzung der Überprüfung in sog. voller Jurisdiktion die neu verabschiedete Regelung auch ohne Verankerung der Möglichkeit der Ersetzung des Verwaltungsermessens gerecht werden würde. Nun ermöglicht sie nämlich vor allem die Ergänzung der Tatsachenfeststellung aus dem Verwaltungsverfahren, einschließlich neuer Beweisführung und der Würdigung „alter“ sowie neuer Beweise, also eine neue Beurteilung von Tatsachen- wie Rechtsfragen. Soweit es um das Verwaltungsermessen selbst geht, stehen wesentlich umfassendere, hinreichende Möglichkeiten der Überprüfung zur Verfügung, denn das Verwaltungsgericht kann nunmehr nicht nur – wie früher – das Überschreiten der durch das Gesetz bestimmten Grenzen, sondern auch den Missbrauch des Verwaltungsermessens beurteilen.<sup>992</sup>

Bei *Sládeček*<sup>993</sup> wird ausgeführt, dass unter den (insoweit nicht ganz bestimmten) Begriff „Missbrauch“ des Verwaltungsermessens offenbar auch die Bestimmung einer offensichtlich unangemessenen Strafe bzw. überhaupt einer Strafe subsumiert werden kann; d. h. einer Strafe, die (überhaupt) nicht den tatsächlichen und rechtlichen Umständen des Falles entspricht. Allgemein gesagt, handelt es sich also auch um die gesetzeswidrige Entscheidung. Die Verwaltungsbehörde würde in der Folge nach Aufhebung ihrer Entscheidung bei neuer Entscheidung der Sache durch die Rechtsansicht des Gerichts gebunden sein, nun sogar durch eine bestimmte „Gleichrichtung“<sup>994</sup> des Verwaltungsermessens.

Teilweise wird in der tschechischen Literatur die beste Lösung der entstandenen rechtlichen Situation in der einfachen (wiederholten), oben angedeuteten Durchsetzung nur des Kassationsprinzips im Fall des Überprüfens von Verwaltungsentscheidungen in Sachen der Verwaltungsdelikte erblickt.<sup>995</sup>

---

<sup>991</sup> Vgl. Sládeček, Vladimír: Soudní přezkum správního uvážení (Die gerichtliche Überprüfung des Verwaltungsermessens), in: Vopálka, Vladimír: Nová úprava správního soudnictví (Die neue Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit), ASPI 2003, S. 98 f.

<sup>992</sup> Sládeček, Vladimír: Obecné správní právo (Allgemeines Verwaltungsrecht) ASPI 2004 Praha, S. 128.

<sup>993</sup> Sládeček, Vladimír: Obecné správní právo (Allgemeines Verwaltungsrecht) ASPI 2004 Praha, S. 128.

<sup>994</sup> Insoweit ist nicht die deutsche Verengung des Ermessensspielraums des gesetzlich vorgezeichneten sog. intendierten Ermessens gemeint.

<sup>995</sup> Nachweise bei Sládeček, V.: a. a. O., S. 128.

Wesentlich radikaler, als praktisch kaum realisierbare Alternative erscheint die vollständige Übertragung der Entscheidung bei Verwaltungsdelikten (oder zumindest bei sog. „anderen“<sup>996</sup> Verwaltungsdelikten, wenn die Sanktionen Millionenbeträge erreichen) auf die allgemeinen (Straf-)Gerichte.<sup>997</sup>

Aus der bisherigen Judikatur der Verwaltungsgerichte zum Verwaltungsermessen (nach Inkrafttreten der VwPO) war es insoweit nicht möglich, eindeutige Schlüsse zu ziehen.<sup>998</sup>

Nichtsdestotrotz wurde eine gewisse (willkommene) Ungefälligkeit des NSS gedeutet, das Verwaltungsermessen durch eigenes Ermessen zu ersetzen<sup>999</sup>:

„Beide Verwaltungsorgane berücksichtigten bei der Verhängung der Gebühr (gemäß § 9 Abs. 1 des Gesetzes ČNR Nr. 9/1991 Slg.) im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut die Gewichtigkeit des Pflichtverstoßes des Klägers und die Art seines Verschuldens wie auch die Umstände, unter denen es zum Pflichtverstoß gekommen war (§ 9 Abs. 2 des Gesetzes). Das Gericht findet also nicht, dass das Verfahren der Verwaltungsorgane in dieser Richtung die Grenzen und Gesichtspunkte der im Gesetz angeführten bestimmten Höhe überschritten hätte: dieses Verfahren befand sich im Gegenteil im Einklang mit den Regeln der Logik, und die Voraussetzungen einer solchen Schlussfolgerung wurden durch ein ordnungsgemäßes prozessuales Verfahren festgestellt. Soweit diese Voraussetzungen ergänzt wurden, kann das Gericht aus den gleichen Tatsachen *keine* anderen oder gegenteiligen rechtlichen Schlussfolgerungen ableiten, als es die beiden Verwaltungsorgane getan haben.“<sup>1000</sup>

Im Folgenden wird aber vor dem Hintergrund obiger Ausführungen gezeigt, dass sich die Neuregelungen rechtsdogmatisch durchaus als stimmig begreifen lassen.

---

<sup>996</sup> Vgl. dazu unten.

<sup>997</sup> Die Erwägung einer solchen Gerichtsbarkeit der Gerichte finden wir schon in den Anfängen der Verwaltungsgerichtsbarkeit bei Pražák (vgl. Pražák, Jiří: *Rakouské právo správní (Österreichisches Verwaltungsrecht)*, Nakl. Jednoty právnické Praha 1905). Eine solche ergab sich nie, auch wenn man bestimmte Aktivitäten in damaliger Zeit in diese Richtung gehen ließ. Vgl. dazu bes. auch Mikule, Vladimír: *Ústavní zakotvení a historické aspekty správního trestání* (Verfassungsmäßige Verankerung und historische Aspekte der Verwaltungsstrafen), *Správní právo* 1/2002, S. 3. Einen hieran orientierten Vorschlag finden wir bei Pomahač:

„In Sachen der Verwaltungsstrafen die Verwaltungsbehörde auf die Funktion des öffentlichen Anklägers verweisen und die Entscheidung über Schuld und Bestrafung der Verwaltungsdelikte den Gerichten überlassen“

(*Správní či soudní projednání správních deliktů? (Verwaltungsmäßige oder gerichtliche Behandlung der Verwaltungsdelikte?)*, *Správní právo* 1/2002, S. 31). Man kann vielleicht ergänzen: die Gerichte würden im abgekürzten oder sonst modifizierten, „kürzeren“ Verfahren entscheiden und es könnte eine Geldstrafe verhängt werden. Der Vollständigkeit halber ist es nötig, die Erwägungen über einen möglichen Strafrückgriff bei wiederholter Begehung mancher Vergehen zu erwähnen. Vgl. Dolanský, L.: *Za dva přestupky bude hrozit vězení* (Bei zwei Vergehen droht Gefängnis), *Lidové Noviny* 6.9.2004.

<sup>998</sup> Sládeček, V.: a. a. O., S. 128.

<sup>999</sup> Sládeček, V.: a. a. O., S. 128.

<sup>1000</sup> Entscheidung Nr. 132/2004 Slg. NSS, Heft 3.



## aa) Entwicklung und Grundlagen der gerichtlichen Ermessensüberprüfung

Die Problematik der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist regelmäßig in den Bereich rechtlicher Gewährleistungen<sup>1001</sup> und der Gewährleistung der Gesetzmäßigkeit<sup>1002</sup> der öffentlichen Verwaltung, infolgedessen in den weiteren Rahmen des Bereichs der Kontrolle der öffentlichen Verwaltung eingebettet.<sup>1003</sup> Unter Verwaltungsgerichtsbarkeit wird in diesem Zusammenhang die gerichtliche Kontrolle in Form des Schutzes öffentlicher subjektiver Rechte im Sinne der Gesetzmäßigkeit<sup>1004 1005</sup>.

Einen relativ selbständigen und neuen Bereich gerichtlicher Überprüfung stellt die Regelung des Teils Fünf der ZPO<sup>1006</sup> dar, die die Überprüfung im Hinblick auf das Kriterium der Richtigkeit (*správnost*) von Entscheidungen der Verwaltungsorgane in Angelegenheiten begründet, die über Streitigkeiten oder andere Rechtssachen mit privatrechtlicher Natur (in bürgerlich-, arbeits-, familien- und handelsrechtlichen Beziehungen) entscheiden.

Die Durchsetzung der Idee der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird im Zusammenhang mit der Geltendmachung der Theorie der Gewaltenteilung gesehen, mit der gegenseitig beschränkten und ausgewogenen Beziehung der einzelnen Teile der öffentlichen Gewalt und dem Prinzip des Rechtsstaats, der eine Restriktion der vollziehenden Gewalt in den Grenzen des Rechts sowohl hinsichtlich des Inhalts als auch in den Formen ihrer Verwirklichung erforderlich macht. In besonderem Maße ist dies notwendig bei Eingriffen der vollziehenden Gewalt in den Bereich der öffentlichen subjektiven Rechte.

*Jiří Krejčí* stellte diesbezüglich bereits fest, dass es bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit nahe liegt, dass von den Akten der öffentlichen Verwaltung am meisten die hoheitlichen Akte der Verwaltung in Betracht kommen, die in die rechtliche Sphäre des Einzelnen eingreifen. Aus

---

<sup>1001</sup> Vgl. allgemein zu den staatsrechtlichen Gewährleistungen und der Struktur des Rechtsstaats Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 239 ff.

<sup>1002</sup> Vgl. allgemein zu den Gewährleistungen der Gesetzmäßigkeit Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 262 ff.

<sup>1003</sup> Vgl. Hendrych, D.: a. a. O., 4. Auflage, S. 332 ff.; Průcha, P.: a. a. O., S. 189 ff.

<sup>1004</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 194.

<sup>1005</sup> Vgl. allgemein zum weiten Spektrum der sich auf das Thema der Verwaltungsgerichtsbarkeit beziehenden Literatur Macur, J.: *Správní soudnictví a jeho uplatnění v současné době (Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihre Durchsetzung in der Gegenwart)*, Masarykova univerzita Brno 1992; Mazanec, M.: *Správní soudnictví (Verwaltungsgerichtsbarkeit)*, Linde Praha 1996; Pítrová, L./Pomahač, R.: *Evropské správní soudnictví* (2 Bände), C. H. Beck Praha 1998; aus der älteren Literatur vgl. Hácha, E. zum Stichwort „NSS“ in *Slovník veřejného práva československého (Wörterbuch des öffentlichen tschechoslowakischen Rechts)*, díl II (*Band II*), S. 827 ff. und zum Stichwort „Verwaltungsgerichtsbarkeit“ in a. a. O., díl III (*Band III*), S. 589 ff.; Hoetzel, J.: *Soudní kontroly veřejné správy (Gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung)*, Spolku českých právníků Všechny Praha 1924.

<sup>1006</sup> Vgl. § 244 ZPO n. F.

diesem Grund führen Rechtsordnungen regelmäßig eine gerichtliche Kontrolle nur dieser Akte der Verwaltung durch, häufig wird dabei die Verletzung eines subjektiven Rechts des Beschwerdeführers durch den Akt der Verwaltung bestimmt als Voraussetzung einer Beschwerde zum Verwaltungsgericht. Ein andermal wird die Beschwerde zum Verwaltungsgericht auch gegen Akte der Verwaltung zugelassen, durch die kein subjektives Recht verletzt wurde. Es genügt dann, dass objektives Recht verletzt ist. Der Schutz des objektiven Rechts durch Verwaltungsgerichte wird auch durch die Einrichtung eines Vertreters des öffentlichen Interesses (staatlichen Vertreters) vor dem Verwaltungsgericht geltend gemacht, und ganz ausnahmsweise auch durch die Zulassung der Popularklage.<sup>1007</sup>

Die Existenz der Verwaltungsgerichtsbarkeit dient als rechtstechnisches Mittel der Unterordnung abhängiger (Verwaltungs-)Organe unter die Kontrolle unabhängiger (gerichtlicher) Organe, die es gestattet, unzulässige Einflüsse in ihrer Auswirkung auf die Verwaltungsbehörden in Folge ihrer rechtlichen und politischen Abhängigkeit bei der Verwirklichung von Verwaltungsakten auszuschließen.<sup>1008</sup> Diese Umschreibung kann nach wie vor Gültigkeit beanspruchen, wenn man die genannten Einflussfaktoren um private Interessen, bloße oder fachmännische Unkenntnis ergänzt.<sup>1009</sup>

In jedem System einer Verwaltungsgerichtsbarkeit muss die Frage gelöst werden, ob überhaupt bzw. in welchem Umfang und in welcher Bindung an eine Rechtsvorschrift das Gericht die auf freiem Ermessen basierende Verwaltungsentscheidung überprüfen soll. Diese Fragestellung stellt eine der Schlüsselfragen in der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit dar.

Einen geeigneten Ausgangspunkt für die bevorstehenden Erwägungen stellt die *Merklsche* Konstruktion der beiden Modelle gerichtlicher Überprüfung dar<sup>1010</sup>, und zwar der Überprüfung des Rechts (ob der Akt den Rechtmäßigkeitsanforderungen entspricht), und weiter der Überprüfung des Ermessens (der Frage der Angemessenheit des Gebrauchs des Verwaltungsermessens, also der Überprüfung der Zweckmäßigkeit der Verwaltungsakte im weitesten Sinn). Danach zielt die Ermessenskontrolle darauf, dass der Akt, der zwar in der Frage der Rechtmäßigkeit fehlerfrei, jedoch nicht zweckentsprechend ist (in der heutigen

---

<sup>1007</sup> Krejčí, Jiří: *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy (Grundsatz der Rechtmäßigkeit staatlicher Funktionen und Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)*, nákladem vydavatelství časopisu *Moderní stát*, Praha 1931, S. 174.

<sup>1008</sup> Merkl, Adolf: *Obecné právo správní*, II. díl (*Allgemeines Verwaltungsrecht, II. Band*), Orbis Praha/Brno 1932, S. 215, 217 ff.

<sup>1009</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 196.

<sup>1010</sup> Merkl, A.: a. a. O., S. 231 ff.

Terminologie wohl eher „im Widerspruch zum bestimmten Zweck stehend“<sup>1011</sup>), durch einen Akt ersetzt wird, der nach Auffassung des kontrollierenden Verwaltungsgerichts zweckmäßig, d. h. nicht nur in rechtlicher Hinsicht einwandfrei, sondern auch in ethischer, politischer u. ä. ist.

Diese Ermessenskontrolle geht also einen Schritt weiter als die Kontrolle der Rechtmäßigkeit, was die große Spannweite der Verwaltungsgerichtsbarkeit widerspiegelt, wenn dies nicht bereits den Rahmen der Idee der Verwaltungsgerichtsbarkeit überschreitet. Dies bedeutet nämlich nicht nur den erwünschten Ausschluss der gesamten absolutistischen Verwaltung, sondern nimmt zusätzlich der gesamten Verwaltung ihre Freiheit und unterwirft sie nicht bloß Rechtmäßigkeitskriterien, sondern auch dem Willen der Gerichtsbarkeit.

*Merkel* erwägt einen möglichen Bereich, in dem die Überprüfung des freien Ermessens zugelassen wird, also der Bestimmungen gewisser Arten von Verwaltungsakten, die ebenfalls der Kontrolle unterliegen oder gewisse Arten von Rechtsverletzungen. Die Fälle der Überprüfung der Überschreitung der Ermessensgrenzen hält *Merkel* für einen besonderen Fall des Überprüfens der Rechtmäßigkeit, denn jedes Überschreiten des freien Ermessens greift in die Sphäre der rechtlichen Gebundenheit des Verwaltungsorgans ein und begründet somit eine Rechtsverletzung<sup>1012</sup>.

Schließlich kommt er zu der Feststellung, einer eben positivistischen Herangehensweise entsprechend, dass nämlich, solange der Gesetzgeber die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte in der Weise begrenzt, dass diese dahingehend wirken, die Verwaltungsakte zu ändern oder aufzuheben, solange sie das Recht verletzen, implizit dadurch geregelt wird, dass das Verwaltungsgericht den Verwaltungsakt einzig in der Frage der Rechtmäßigkeit überprüfen kann, keineswegs in der (ganzen) Frage des freien Ermessens.<sup>1013</sup>

*Josef Macur* betont in diesem Zusammenhang, dass die rechtliche Erkenntnis, dass das Ermessen kein Unterfall der Gesetzmäßigkeit ist und sich beide Begrifflichkeiten offenbar nicht ausschließen, nicht zu einer Verabsolutierung positiv-rechtlicher Kriterien ihrer Unterscheidung und zu einem Verzicht auf eingehendere rechtstheoretische Analysen der Beziehung von Gesetzmäßigkeit und Ermessen führen sollte. In diese Richtung formuliert er:

---

<sup>1011</sup> Vgl. Skulová, a. a. O., S. 196. Die in der heutigen Terminologie gemachte Unterscheidung zwischen Zweck(entsprechung) und Zweckmäßigkeit wurde bereits oben erörtert.

<sup>1012</sup> Nach Skulová, a. a. O., S. 197 kann man auch davon sprechen, dass es zugleich um das Überschreiten des durch das Gesetz bestimmten Kompetenzrahmens geht, eventuell in einigen Fällen des begrenzten Wirkungskreises der Subjekte der vollziehenden öffentlichen Verwaltung.

<sup>1013</sup> Vgl. *Merkel, Adolf: Obecné právo správní, II. díl (Allgemeines Verwaltungsrecht, II. Band), Orbis Praha/Brno 1932, S. 233.*

„[...] bis dorthin, wo die rechtliche Gebundenheit dieses Ermessens reicht, kann auch die gerichtliche Kontrolle folgen, und das auch dann, wenn das positive Recht die Kontrolle der Zweckmäßigkeit ausschließt. Die Möglichkeit gerichtlicher Kontrolle endet also erst dort, wo die Gebundenheit des freien Ermessens durch das Recht endet“.<sup>1014</sup>

Die konkrete Ausgestaltung des Umfangs der Überprüfung von Verwaltungsakten seitens der gerichtlichen Organe ist Angelegenheit der Regelung der einzelnen Rechtsordnungen, woraus eine große Bandbreite an mehr oder weniger unterschiedlichen Varianten resultiert. Allein mit Rücksicht auf verschiedene Möglichkeiten kennt auch die tschechische Verwaltungsrechtslehre mehrere Formen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Grundlage dieser Kategorisierung sind aber bei Weitem nicht nur der oben angeführte Gesichtspunkt des Überprüfungsumfangs hinsichtlich des Verwaltungsermessens, sondern auch weitere Kriterien, vor allem der die Verwaltungsgerichtsbarkeit realisierende Organtyp und die materielle, funktionelle Seite, also der Entscheidungsinhalt der Tätigkeit dieser Organe.<sup>1015</sup>

Wie bereits bei der Untersuchung der Entwicklung des rechtstheoretischen Ermessensverständnisses vor allem in Anlehnung an *Bažil* ausgeführt, merkte dieser zur Entwicklung der Lösung des beschriebenen Problems an, dass die Auffassungen zu den unbestimmten Rechtsbegriffen und zum Ermessen bei der Rechtsanwendung sich in Anknüpfung an die Veränderungen in der Betrachtung des Umfangs der Überprüfungsbefugnis der Verwaltungsgerichte entwickelten, wobei sich zwei disparitäre Tendenzen abzeichneten. Die Erste setzte die Erhaltung einer eigenständigen Stellung der Verwaltung in der Sphäre ihrer Entscheidungstätigkeit durch, mit ausschließlicher Prüfungsinferenz der Verwaltungsgerichte. Sofern die Gerichte in Angelegenheiten des Verwaltungsermessens urteilen würden, unterschieden sie sich durch nichts von Verwaltungsbehörden.<sup>1016</sup> Von dieser Theorie ging ursprünglich das österreichische Verwaltungsgericht aus. Doch die Tatsache, dass die Verwaltungsentscheidung aufgrund von Verwaltungsermessens nicht der gerichtlichen Überprüfung unterlag und die Verwaltung in die Rechte und Interessen des Einzelnen berührenden Angelegenheiten in der Tat autonom blieb, führte auch zur Entstehung der Tendenz, die für die volle Überprüfung der angeführten Verwaltungsentscheidungen stand.

Die Entwicklung in Österreich mündete dann in die Annahme des erwähnten Gesetzes Nr. 36/1876 Reichsgesetzsammlung („Oktobergesetz“) über das Verwaltungsgerichtsverfahren, das in neuester Fassung in § 3 e) bestimmte, dass:

---

<sup>1014</sup> Macur, Josef: Správní soudnictví a jeho uplatnění v současné době (*Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihre Durchsetzung in der Gegenwart*), Masarykova univerzita Brno 1992, S. 50.

<sup>1015</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 198.

<sup>1016</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 8 f.

„zum Verwaltungsgericht nicht gehören [...] Angelegenheiten, in denen und soweit die Ämter das Recht haben, nach ihrem Ermessen vorzugehen“.

Nach einigen Novellen und umfangreicher Tätigkeit des Österreichischen Verwaltungsgerichts wurde das Oktobergesetz in die tschechoslowakische Rechtsordnung durch das Gesetz Nr. 3/1918 Slg. („Novembergesetz“) aufgenommen. Hinsichtlich der zitierten Regelung des § 3 kam es allerdings zu einer wesentlichen Änderung, als aus dem Überprüfungsausschluss die ursprünglich unter e) angeführten Angelegenheiten herausgenommen wurden, also Sachen, in denen nach freiem Ermessen zu entscheiden war. Daher war es nötig, die aufgenommene rechtliche Regelung systematisch auszulegen, denn dies sollte keine grundsätzliche Änderung der Konzeption bedeuten, also die Einführung einer vollen Überprüfung in Bezug auf Ermessensentscheidungen. Es war notwendig vom ursprünglichen Zweck des Gesetzes auszugehen, ausgedrückt in § 2, der die Zuständigkeit des Obersten Verwaltungsgerichts in allen Fällen begründete, in denen jemand behauptete, dass er durch eine gesetzeswidrige Entscheidung oder Maßnahme der Verwaltungsbehörde in seinen Rechten geschädigt worden war, was die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung aller oben angeführten Akte bedeutete, also auch der nach freiem Ermessen erlassenen, sofern sie als gesetzeswidrig angesehen wurden.<sup>1017</sup>

Nach *Mazanec* ging es um die Erhaltung des durch die Judikatur ausgestalteten Rechts des Gerichts, die gesetzlichen Grenzen des Verwaltungsermessens zu prüfen und festzustellen, ob diese von der Literatur gestützt werden.<sup>1018</sup>

Gleichfalls betonte *Hoetzel*, dass der Schutz der rechtlichen Grenzen des freien Ermessens auch für das tschechoslowakische Oberste Verwaltungsgericht (das ehemalige NSS) gilt. Es könne nur die rechtlichen Grenzen des freien Ermessens der Behörde prüfen, d. h. ob die Behörde den Bereich des freien Ermessens verlassen hat, den ihr das Gesetz gewährt hat.<sup>1019</sup>

Bei der Geltendmachung des Verwaltungsermessens, genauer der dieses begrenzenden Prinzipien oder Grundsätze ist es unmöglich, die Entstehung des Instituts der Rechtsgrundsätze zu übergehen, das der erweiterte Senat des ehemaligen NSS aufgenommen hat. Diese

---

<sup>1017</sup> So merkt Hácha, Emil: *Slovník veřejného práva československého* (Lexikon des tschechoslowakischen öffentlichen Rechts), díl II (Band II), Polygrafia, Brunn 1932, unter dem Stichwort „Nejvyšší správní soud“ („Oberstes Verwaltungsgericht“) auf S. 832 an, dass die Streichung des § 3 lit. e) des Oktobergesetzes das Prinzip nicht antastete, dass das Gericht jedwede Gesetzmäßigkeit (zákonost) prüft, das Gesetz aber nicht verletzt sein könne, wenn die Behörde die ihm durch Gesetz überlassene Freiheit gebraucht hätte.

<sup>1018</sup> Vgl. *Mazanec*, Michal: a. a. O., S. 29.

<sup>1019</sup> *Hoetzel*, Jiří: *Československé správní právo. Část všeobecná* (Tschechoslowakisches Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil), 2. Auflage, Melantrich Praha 1937, S. 347 u. 432.

Rechtsgrundsätze sollten im Amtsblatt<sup>1020</sup> der Tschechoslowakischen Republik veröffentlicht werden, rechtsverbindlich für Verwaltungsbehörden<sup>1021</sup>. Es wurde auch das Verfahren für die etwaige Änderung bereits erlassener Rechtsgrundsätze formuliert.

Das angeführte Verfahren wurde damals nicht erfüllt, aber es ist positiv zu bewerten, dass das Institut der sog. Grundsatzbeschlüsse (*zásadnich usnesení*) des Obersten Verwaltungsgerichts (NSS)<sup>1022</sup> gewissermaßen an die zitierte Regelung der ersten Republik anknüpft, die gesetzmäßigen und einheitlichen Entscheidungen der Verwaltungsorgane dienen soll, und auch seines Standpunktes, der im Interesse der einzelnen Entscheidung der Gerichte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit angenommen werden soll.<sup>1023</sup>

Die vorstehende Regelung der gerichtlichen Überprüfung hinsichtlich des Verwaltungsermessens ging, gleichermaßen wie die gesamte erneuerte Konzeption der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch das Gesetz Nr. 519/1991 Slg. als Novelle des Gesetzes Nr. 99/1963 Slg. der ZPO a. F. in ihrem fünften Teil in bedeutendem Maße aus den traditionellen Regelungen (der ersten Republik) hervor.

Die bereits erwähnte besondere Bestimmung, die sich gerade und ausdrücklich auf die gerichtliche Überprüfung des Verwaltungsermessens bezieht, war § 245 Abs. 2 ZPO a. F.:

„Bei Entscheidungen, die das Verwaltungsorgan auf der Grundlage des gesetzlich zulässigen freien Ermessens (Verwaltungsermessens) erlässt, überprüft das Gericht nur, ob eine solche Entscheidung nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat.“

Der Gesetzgeber wurde also bei der Formulierung von der Intention geleitet, im Rahmen der Kontrolle der Gesetzmäßigkeit bzw. Rechtmäßigkeit die Überprüfungsbefugnis des Gerichts in Angelegenheiten des Verwaltungsermessens auf gesetzlich bestimmte Grenzen und Kriterien zu begrenzen.

Das Verfassungsgericht führte dazu aus:

---

<sup>1020</sup> Úřední lista (Amtsblatt).

<sup>1021</sup> Vgl. § 13 Abs. 4 und 5 des oben erwähnten Gesetzes.

<sup>1022</sup> § 12 Abs. 3 und § 18 Gesetz Nr. 150/2002 Slg.

<sup>1023</sup> Im Hinblick auf die Bildung und Durchsetzung allgemeiner Prinzipien des Verwaltungsrecht bzw. der guten Verwaltung äußerte sich Mikule, V.: Význam správního soudnictví pro všeobecnou právní kultivaci veřejné správy, Správní právo, 1997, Nr. 3, S. 137 ff. „heilend“ (Skulová, S.: a. a. O., S. 200 Fn. 36) zur Uneinheitlichkeit der Judikatur und zum unzureichenden Einfluss auf die Qualität der Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung. Nach Skulová, S.: Význam vzdělávání pracovníků veřejné správy a jeho odraz v našem právním řádu, Časopis pro právní vědu a praxi Nr. 1/1999 sieht die Problematik eher in den gesetzlichen Regelungen begründet (vgl. §§ 61 Absatz 1 lit. e, 63 Absatz 2 lit. d des Gesetzes über den Staatsdienst sowie § 16 Absatz 1 lit. e des Gesetzes Nr. 314/2002 Slg.).

„[...] das Verwaltungsermessen selbst unterliegt der Überprüfung der allgemeinen Gerichte nur darin, ob sie [die Entscheidung] die gesetzlich bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte nicht überschritten hat, ob sie im Einklang mit den Regeln der Logik steht und ob die Voraussetzungen eines solchen Urteils durch ein ordnungsgemäßes prozessuales Verfahren festgestellt wurden [...]“.<sup>1024</sup>

Ein weiteres die Ermessensüberprüfung begrenzendes Merkmal war die Bestimmung des § 248 Abs. 2 lit. c ZPO a. F., in der bestimmte Entscheidungen über Erfüllungsverlangen ohne Leistungsanspruch oder Beseitigungsverlangen der Härte des Gesetzes, also vor allem Entscheidungen der Finanzbehörden über die Ermäßigung von Abfuhr, Steuern und Gebühren, von der gerichtlichen Überprüfung ausgeschlossen wurden. Nach der gegenwärtigen Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugrundeliegenden Auffassung, die auf breiteren Überprüfungskriterien und der Überprüfung des „Missbrauchs“ („zneužití“) des Verwaltungsermessens gründet, wird sich nach Auffassung von *Skulová* der Ausschluss dieser Entscheidungsarten von der gerichtlichen Überprüfung nicht mehr durchsetzen.<sup>1025</sup>

Die in diesem Zusammenhang damals praktizierte Judikatur musste danach mit nicht die Existenz der Bestimmung von Gesichtspunkten für den Gebrauch des Verwaltungsermessens berücksichtigenden Fällen verglichen werden, bei denen die ZPO (a. F.) ihre Existenz voraussetzte.

Diese Situation war einerseits problematisch für das Verwaltungsorgan, andererseits für das Gericht. Da mindestens Rahmengesichtspunkte für eine Überprüfung notwendig sind, belebte der angeführte Mangel das heikle Problem der Anwendbarkeit der Analogie im öffentlichen Verwaltungsrecht, letztlich auch die Frage der Analogie von Bestimmungen in Vorschriften des Privatrechts. Die Unvollkommenheit und Systemwidrigkeit derartiger rechtlicher Regelungen führte dann zum überraschenden, wenn auch begreiflichen Schluss, welcher z. B. in einem Urteil des Prager Obergerichts zum Ausdruck kam:

„Die Verwaltungsbehörde wird bei der Entscheidung über die Pflicht der juristischen Person, die Sanktion für das Verwaltungsdelikt im Bereich des öffentlichen Rechts (die sog. Verantwortlichkeit für das Verwaltungsdelikt) zu zahlen – wenn nicht das Gesetz ausdrücklich

---

<sup>1024</sup> III. VG 101/95, Nr. 22/1995, Slg. VG, Bd. 4, S. 354 (vgl. bereits oben).

<sup>1025</sup> So *Skulová*, a. a. O., S. 201; vgl. insoweit nunmehr die oben genannte Rechtsprechung in Steuer- und Gebührenangelegenheiten.

etwas Anderes bestimmt – von entsprechenden Prinzipien geleitet wie das Gericht im Bereich des Privatrechts bei der Entscheidung über ihre allgemeine Verantwortlichkeit für einen Schaden.“<sup>1026</sup>

Wenn nicht mehr das Verwaltungsorgan bei seiner meritorischen Entscheidung, dann sucht zumindest das Überprüfungsorgan – das Gericht – bestimmte „Stützpunkte“, dass es überhaupt von etwas bei seiner Beurteilung der Grenzen und Kriterien der Verwaltungsentscheidung ausgehen kann. Im dem Urteil zugrundeliegenden Fall ging es um die Auferlegung einer Sanktion nach dem Gesetz Nr. 138/1973 Slg (Gewässergesetz). Die Entwicklung in der Qualität rechtlicher Regelungen in Richtung Bestimmung und Begründung von Regeln und Kriterien für die Wahl der Höhe der Geldbuße ist auf diesem Gebiet offensichtlich. Das neue Gesetz über die Gewässer (Nr. 254/2001 Slg.), das in den §§ 116-125 bei einzelnen Tatbeständen bestimmter Verwaltungsdelikte Kriterien für deren Auferlegung, gelegentlich endlich auch Regeln für die genaue Berechnung der Höhe der Geldbuße (in § 117 Absatz 2 für die unerlaubte Wasserentnahme durch einen Multiplikatorsatz für 1 m<sup>3</sup>) bestimmt und endlich die Möglichkeit des Absehens von einer Geldbuße unter bestimmten Bedingungen, einschließlich des Falles der Beseitigung unangemessener Härte. Das zitierte Gesetz belegt den bereits erwähnten allgemeineren Trend zur Qualifizierung und Erhöhung des Bestimmtheitsmaßes Verwaltungsermessens begründender rechtlicher Regelungen.<sup>1027</sup>

Wenn es um die Bestimmung von Grenzen ging, war die Situation günstiger. Zur Existenz gesetzlicher Kriterien hat insbesondere das Verfassungsgericht in seiner bereits erwähnten Entscheidung Stellung bezogen:

„[...] seitens des Verwaltungsermessens hat sich die Judikatur der allgemeinen Gerichte auf die Ansicht gefestigt, dass das Gesetz Kriterien schafft, nach denen und in deren Rahmen sich die Wahl, einschließlich der Auswahl und Feststellungen der Tatsachen des konkreten Falles, die nicht durch die Verwaltungsnorm vorausgesetzt werden, aber durch das Ermessen des Verwaltungsorgans als notwendig für Wahl seiner Entscheidung erkannt werden, verwirklichen kann.“<sup>1028</sup>

Die Situation war in den Fällen komplizierter, in denen die Rechtsvorschrift es dem Ermessen des Verwaltungsorgans überlässt, für seine konkrete Entscheidung ein Kriterium zu bestimmen, nach dem es entscheidet. Einen derartigen Fall löste das Verfassungsgericht in einer anderen ebenfalls oben bereits erwähnten Entscheidung:

---

<sup>1026</sup> Urteil des Prager Obergerichts 6 A 12/94-16, Nr. 106 (SP 1996, Nr. 2).

<sup>1027</sup> Vgl. zu den gegenwärtigen Entwicklungen ausführlich Váňa, Vít: *Správní uvážení při ukládání správních sankcí (Verwaltungsermessens bei der Auferlegung von Verwaltungssanktionen)*, Masarykova univerzita Brno 2005 mit Vorschlägen für die Neuregelung des Gesetzes über Verwaltungsübertretungen de lege ferenda.

<sup>1028</sup> III. ÚS 101/95.



„[...] die Frage der Wahl eines geeigneten Kriteriums für die Bestimmung der Grundlage der Einkommensteuer muss die Einhaltung der grundlegenden, in der Bestimmung des § 2 des Gesetzes Nr. 337/1992 Slg., über die Steuer- und Abgabenverwaltung in der Fassung der neuesten Vorschriften, bestimmten Grundsätze des Steuerverfahrens ermöglichen“<sup>1029</sup>.

Am Gericht wird es dann sein, dass es sich erneut (nach der Aufhebung seiner Entscheidung durch das Verfassungsgericht) mit der Frage der Kriterien für die Wahl der Steuer beschäftigt und folglich auch erwägt, ob die bisherigen Kriterien im Rahmen des „Verwaltungsermessens“ im Sinne des § 245 Abs. 2 ZPO a. F. gewählt werden oder nicht. Auf diesen Schluss deutet auch ein weiteres oben genanntes Judikat:

„Das Verwaltungsermessen ist durch das Gericht überprüfbar und das Verwaltungsorgan kann dabei nicht ganz willkürlich seinen Anfang nehmen, das wäre ein Widerspruch zum Charakter der staatlichen Verwaltung als untergesetzliche und durch das Gesetz geordnete Tätigkeit. Die Determinierung des Verwaltungsermessens durch das Gesetz bedeutet aber nicht seine vollständige Negation. Das Gesetz schafft danach Kriterien, nach denen und in deren Rahmen sich die Wahl einschließlich der Auswahl und die Feststellung der Tatsachen des konkreten Falles, die nicht von der Verwaltungsnorm vorausgesetzt werden, sondern durch Ermessen des Verwaltungsorgans als notwendig für die Wahl seiner Entscheidung erkannt werden, verwirklichen kann.“<sup>1030</sup>

Nach dem bisher Angeführten ist unbestritten, dass die gesetzliche Bestimmung der Grenzen und Gesichtspunkte (Kriterien) für den Gebrauch des Verwaltungsermessens, und das für alle Fälle des Ermessensgebrauchs, in den Vorschriften des Verwaltungsrechts die eigentliche Schlüsselfrage für das Verhältnis von Verwaltungsentscheidung und gerichtlicher Überprüfung – wie in der Vorgängerregelung des § 245 Abs. 2 ZPO a. F. formuliert – bleibt.<sup>1031</sup>

Auch wenn daher die gegenwärtige Regelung des Umfangs der gerichtlichen Überprüfung des Verwaltungsermessens nicht mehr ausdrücklich den Begriff „gesetzlich bestimmte Gesichtspunkte des Verwaltungsermessens“ verwendet, ist deren Existenz, und das – aufgrund des alternativ verwendeten Kriteriums des „Missbrauchs des Verwaltungsermessens“ – in größerem Maßstab als nur durch konkrete gesetzliche Regelungen, unbestritten und unerlässlich, und es ist nötig, sie beim Verwaltungsermessen und der gerichtlichen Überprüfung zu suchen.

---

<sup>1029</sup> I. ÚS 116/96 (Slg. ÚS, Band 6, S. 493).

<sup>1030</sup> S 3, SP 3/1993.

<sup>1031</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 202.

Darüber hinaus ist es notwendig, einen weiteren Aspekt der Überprüfung des Verwaltungsermessens in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu erwähnen, der für die Gesamtkonzeption der gerichtlichen Überprüfung grundsätzlich ist. Das Überschreiten des gesetzlichen Ermessensrahmens oder die Missachtung der Kriterien für den Ermessensgebrauch, muss, damit eine Überprüfung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit „würdig“ ist, gegenwärtig die Verletzung oder Gefährdung eines subjektiven Rechts des Antragstellers, also des Adressaten der ursprünglichen Verwaltungsentscheidung darstellen.

Darauf spielen bereits grundsätzliche Bemerkungen von *Macur* an, die nicht an der breiten Meinung anknüpfen, in der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Gesetzmäßigkeitsprüfung von Verwaltungsakten zu sehen, also die Kontrolle der Bewahrung objektiven Rechts (die Ansicht von *Macur* würde also bereits im Sinne von *Merkl* auch die Verletzung des objektiven Rechts bedeuten). Diese Ansicht leitet sich gewöhnlich aus der Tatsache ab, dass das Gericht durch seine Entscheidung entweder nur die Entscheidung des Verwaltungsorgans aufhebt oder den Antrag des Beschwerden abweist, also keinen verurteilenden Charakter hat, d. h. dass es die Tätigkeit des Verwaltungsorgans nicht ersetzen und eine Entscheidung erlassen darf, die nach ihrem Inhalt ausschließlich in die Kompetenz der öffentlichen Verwaltung gehört.

Das kann aber nicht bedeuten, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit ihren Schutzcharakter für die subjektiven Rechte verlieren würde, was auch Merkmal jeder Verwaltungsgerichtsbarkeit ist und sein muss. Die Überprüfungstätigkeit des Gerichts ist auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Feststellung des subjektiven Rechts gerichtet und auf die Gewährung des entsprechenden Schutzes des verletzten oder gefährdeten subjektiven Rechts<sup>1032</sup>.

Nach *Skulová* hat dies auch das Verfassungsgericht erkannt, dass als erste der Bedingungen des gerichtlichen Schutzes nach den gemeinsamen Bestimmungen in den §§ 244 bis 246 lit. c ZPO a. F. in der damals gültigen Fassung im Sinne des Art. 36 Absatz 2 der Urkunde bestimmte, dass

„[...] der gerichtliche Schutz nur dem gewährt wird, der in seinen Rechten verkürzt wurde, was auch notwendig so ausgelegt wird, dass in den Rechten nicht nur ein Beteiligter des Verwaltungsverfahrens verkürzt sein kann, sondern auch der, in dessen Recht durch die Entscheidung eingegriffen wurde, die im Verwaltungsverfahren nicht erlassen wurde – für das Berufen auf gerichtlichen Schutz ist wesentlich, ob es tatsächlich zur Gefährdung oder Verkürzung der Rechte gekommen ist.“<sup>1033</sup>

---

<sup>1032</sup> Vgl. ausführlich *Macur*, a. a. O., S. 37 f.

<sup>1033</sup> III. ÚS 28/96 (Slg. ÚS, Bd. 5, S. 557 f.).

*Macur* führt weiter aus, dass die Verletzung des subjektiven Rechts immer zugleich eine Verletzung auch objektiven Rechts darstellt. So erscheint die gerichtliche Überprüfung der Verwaltungsentscheidung als Kontrolle nach dem Maßstab des objektiven Rechts. Die Gesetzmäßigkeitsprüfung selbst ist aber nicht Ziel der gerichtlichen Tätigkeit, sondern Mittel zur Feststellung, ob das subjektive Recht durch die Entscheidung des Verwaltungsorgans tatsächlich verletzt wurde oder ob es nicht zu der behaupteten Rechtsverletzung kam.

Aus dieser Lehre ging auch die Vorgängerregelung der ZPO a. F. hervor, die in § 244 ZPO a. F. die Kompetenz der Gerichte begründete, Entscheidungen der Organe der öffentlichen Verwaltung aufgrund von Klagen oder Rechtsmitteln zu überprüfen, ausführlicher dann in weiteren Bestimmungen, insbesondere in § 247 ZPO a. F., der die einschlägigen Bestimmungen auf das Vorgehen „in Fällen, in denen eine natürliche oder juristische Person behauptet, dass sie in ihren Rechten verkürzt wurde [...]“ und „verlangt, dass das Gericht die Gesetzmäßigkeit überprüft“, bezog.

Die behauptete Rechtsverletzung, einschließlich ihrer Gründe und ihres Umfangs musste vom Antragsteller vorgetragen werden, und der Umfang der Überprüfungstätigkeit des Gerichts war vom Dispositionsgrundsatz beherrscht.<sup>1034</sup> Auf der anderen Seite musste aber die behauptete Überschreitung des Verwaltungsermessens einen Eingriff in die subjektiven Rechte des Antragsteller bedeuten und nicht in einen anderen Bereich, z. B. in Rechte anderer Personen oder bestimmter rechtlich geschützter öffentlicher Interessen.<sup>1035</sup>

Von dieser Konzeption unterscheidet sich nunmehr die rechtliche Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Frage der Klägerlegitimation des Einzelnen nicht.<sup>1036</sup>

Eine selbständige Bestimmung begründet allerdings die Möglichkeit des Schutzes des öffentlichen Interesses aufgrund einer Klage gesetzlich ermächtigter Verwaltungssubjekte, vor allem also bestimmter Organe der öffentlichen Gewalt.

Mit der Klage in öffentlichem Interesse befasst sich die neue VwPO, wenn sie diese Befugnis einmal unter durch das Gesetz geregelten bestimmten Bedingungen des Verfahrens vor den Verwaltungsorganen dem „Verwaltungsorgan, über das das ein solches Gesetz bestimmt“, überträgt, und weiter dem Obersten staatlichen Vertreter<sup>1037</sup> sowie „dem, dem diese Berechtigung

---

<sup>1034</sup> Vgl. Bureš, J./Drápal, L./Mazanec, M.: *Občanský soudní řád, komentář*, 3. Auflage, C. H. Beck Praha 1997, S. 794.

<sup>1035</sup> Vgl. Skulová, S.: a. a. O., S. 204.

<sup>1036</sup> Vgl. §§ 65, 79, 82 VwPO.

<sup>1037</sup> Nejvyšší státní zástupce.

ausdrücklich ein besonderes Gesetz oder internationales Abkommen, das Teil der Rechtsordnung ist, überträgt“ (§ 66 Abs. 1 bis 3 VwPO).

Es ist allerdings zu beachten, dass die Verletzung des öffentlichen Interesses aufgrund oder im Zusammenhang mit dem Missbrauch des Verwaltungsermessens eintreten könnte<sup>1038</sup> oder allgemeiner mit einem „unrichtigen (*nesprávnou*) freien Ermessen“<sup>1039</sup>, was – im Zusammenhang mit der sog. vollen Gerichtsbarkeit (*tzv. plná jurisdikce*) stehend – noch eingehender Erörterung bedarf.

bb) Regelung der gerichtlichen Überprüfung des Verwaltungsermessens nach Teil Fünf der ZPO n. F. und im Rahmen der VwPO n. F.

aaa) Verwaltungsprozessordnung (VwPO)

Mit Rücksicht auf die Anfänge der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihre Aufgabe im System der öffentlichen Gewalt ist für die Definition von Kriterien für die gerichtliche Überprüfung die Bestimmung von Gesichtspunkten der Gesetzmäßigkeit, von der auch die gegenwärtige Regelung nach dem Gesetz Nr. 150/2002 Slg. (VwPO) ausgeht, unerlässlich. Zweck der rechtlichen Regelung ist die Gewährung gerichtlichen Schutzes von öffentlichen subjektiven Rechten natürlicher und juristischer Personen auf die durch dieses Gesetz bestimmte Weise und unter den durch dieses oder ein spezielles Gesetz bestimmten Bedingungen (§ 2 VwPO).

Im Hinblick auf das Verwaltungsermessen ist nach der geltenden Regelung die Gesetzeswidrigkeit von Entscheidungen des Verwaltungsorgans darin zu sehen, dass das Organ die durch das Gesetz bestimmten Grenzen des Verwaltungsermessens überschritten oder das Verwaltungsermessen missbraucht hat (§ 78 Absatz 1 VwPO). Durch die konkrete Bestimmung der Eingliederung des Begriffes des „Missbrauchs des Verwaltungsermessens“ (*„zneužití správního uvážení“*) öffnet sich auf fast revolutionäre Weise die Sphäre der Ermessensentscheidung der gerichtlichen Überprüfung.<sup>1040</sup> Die rechtliche Regelung der Überprüfung des Verwaltungsermessens ist ausdrücklich direkt und nur auf diese Art der Tätigkeit der Verwaltungsorgane, also Entscheidungen bezogen. Das bedeutet aber nicht, dass die Überprüfung des Verwaltungsermessens in den oben bestimmten Grenzen nicht auch in anderen der gerichtlichen Überprüfung unterliegenden Fällen geltend gemacht werden

---

<sup>1038</sup> Skulová, a. a. O., S. 204.

<sup>1039</sup> Skulová, a. a. O., S. 204.

<sup>1040</sup> Baxa, J./Mazanec, M.: Reforma českého správního soudnictví, in Právní rádce, 2002, Nr. 1, S. 10.

könnte.<sup>1041</sup> Es kann sich z. B. auch um einen gesetzeswidrigen Eingriff, eine Weisung oder Zwang des Verwaltungsorgans (*nezákonný zásah, pokyn nebo donucení správního orgánu*) handeln, die insoweit keine Entscheidung darstellen, sofern dadurch der Beteiligte in seinen Rechten verkürzt wird, freilich unter der Bedingung, dass der Eingriff oder seine Folgen andauern oder Wiederholung droht (§ 82 VwPO)<sup>1042</sup>. Auch in diesem Fall, wenn auch durch das Gesetz nicht ausdrücklich angeführt, kann es gleichfalls um den gesetzeswidrigen Gebrauch des Verwaltungsermessens gehen, wenn auch um den vor allem in der Überschreitung der durch das Gesetz bestimmten Grenzen des Ermessens des Verwaltungsorgans zu sehenden. *Skulová* wagt dabei noch keine Aussage über den Ausschluss auch der Fälle des Ermessensmissbrauchs bei der Geltendmachung eines gesetzeswidrigen Eingriffs von der gerichtlichen Kognition.<sup>1043</sup>

Als Beispiel kann wohl die Ausnutzung einiger angeführter Tätigkeitsformen zu einem anderen Zweck als dem durch das Gesetz bestimmten genannt werden, auch wenn sich das in Frage stehende Handeln im Rahmen der Kompetenz des zuständigen Organs und zugleich im Rahmen der durch das Gesetz bestimmten begrenzenden Werte der vorliegenden Handlung bewegen wird.

Soweit die sog. gesetzeswidrige Untätigkeit (*tzv. nezákonnost nečinnost*) des Verwaltungsorgans betroffen ist, wie sie das Gesetz ebenfalls als Variante der Verletzung subjektiver Rechte berücksichtigt (§ 79 Absatz 1 VwPO)<sup>1044</sup>, wird ein Ausschluss von der gerichtlichen Kognition nicht praktikabel sein, da sich aus dem Ziel der Gewährung des Schutzes für solche Fälle, in denen aufgrund des Gesetzes das Verwaltungsorgan die Handlungspflicht hat, ergibt, dass auf Seiten des Einzelnen ein Anspruch besteht.<sup>1045</sup> Genauer gesagt ist hier ein Verwaltungsermessen ausgeschlossen.

Der Begriff der „Gesetzeswidrigkeit“ (*„nezákonnost“*) bzw. der „Gesetzmäßigkeit“ (*„zákonnost“*) als dessen erwünschtes Gegenteil ist weiter notwendig als allgemeiner Begriff der „Rechtmäßigkeit“ (*„právnost“*) auszulegen, weil bisher verstanden als Einklang mit dem

---

<sup>1041</sup> Vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S. 205.

<sup>1042</sup> § 82 VwPO lautet:

<sup>1043</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 206.

<sup>1044</sup> Diese Möglichkeit gilt freilich nicht, sofern ein besonderes Gesetz mit der Untätigkeit des Verwaltungsorgans die Fiktion verbindet, dass die Entscheidung eines bestimmten Inhalts oder eine andere Rechtsfolge erlassen wurde. Dann ist es notwendig, ein anderes Mittel, z. B. die Klage gegen die Entscheidung des Verwaltungsorgans geltend zu machen (vgl. *Skulová*, S./*Průcha*, P./*Havlan*, P./*Kadečka*, S.: a. a. O., S. 215 f.). Die angeführte Lösung ist bisher aber eher vereinzelt zu finden, z. B. im Gesetz Nr. 106/1999 Slg., über die Freiheit des Zugangs zu Informationen, im Falle der Untätigkeit des sog. verpflichteten Subjekts, genauso wie auch des Berufungsorgans (vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S. 206 Fn. 52).

<sup>1045</sup> Vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S. 206.

Gesetz und gegebenenfalls mit weiteren Rechtsvorschriften geringerer Rechtskraft<sup>1046</sup>, wie das nach der Vorgängerregelung der Fall war. Die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit könnte insoweit möglicherweise als bestimmter minimaler (im Vergleich mit der Überprüfung in sog. voller Jurisdiktion), wenn auch in seiner Bedeutung grundlegender Umfang der Überprüfungstätigkeit bezeichnet werden.<sup>1047</sup>

Die Konzeption der Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie sie in der damaligen Fassung des fünften Teils der ZPO verankert war, ging von der allgemeinen Zulässigkeit der gerichtlichen Überprüfung der Gesetzmäßigkeit von Entscheidungen der Organe der öffentlichen Verwaltung aus, ausgeschlossen war sie nur in taxativ angeführten Fällen, die allerdings in ihrer Anzahl nicht gering waren.

Bei den sog. Klagen (nach dem zweiten Kapitel) ging es um die Überprüfung von Kompetenzentscheidungen (*rozhodnutí pravomocná*), nach Erschöpfung der ordentlichen Rechtsmittel im Verwaltungsverfahren. Von der gerichtlichen Überprüfung möglicherweise nicht ausgeschlossen war aber eine Entscheidung, die die Grundrechte und –freiheiten nach der Urkunde der Grundrechte und –freiheiten betraf, was dem in Art. 36 Abs. 2 der Urkunde bestimmten Erfordernis entsprach. Allerdings wurde bei den sog. Rechtsmitteln (nach dem dritten Kapitel), also der zweiten damaligen Form, eine enumerative Aufzählung geltend gemacht, d. h., dass sie nur in den Fällen einzureichen möglich war, in denen das besondere Gesetze ausdrücklich ermöglichten.

Dies war einer der kritisierten Mängel der Vorgängerregelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. In diese Richtung zielte auch das bereits erwähnte „aufhebende“ Urteil des Verfassungsgerichts vom 27.06.2001<sup>1048</sup>, bei dem sich die verfolgte kritische Tendenz gegenüber der im fünften Teil der ZPO a. F. enthaltene Vorgängerregelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Judikatur des Verfassungsgerichts der damaligen Zeit<sup>1049</sup> entlud.<sup>1050</sup>

Aus der oben angeführten Charakteristik von Fällen, in denen gegenüber dem Verwaltungsermessen eine gerichtliche Überprüfung geltend gemacht werden kann, ist

---

<sup>1046</sup> Bureš, J./Drápal, L./Mazanec, M.: a. a. O., S. 724 in Hendrych, D.: a. a. O., 4. Auflage, S. 341.

<sup>1047</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 206.

<sup>1048</sup> Pl. ÚS 16/99.

<sup>1049</sup> Kadečka, S.: České správní soudnictví v konfrontaci s ústavněprávními a mezinárodněprávními normami, *Justičná revue*, 2002, Nr. 2, S. 185 ff.

<sup>1050</sup> Vgl. kritisch zum die alten Regelungen aufhebenden Urteil des Verfassungsgerichts Mikule, Vladimír/Sládeček, Vladimír: Nad nálezem ústavního soudu, kterým byla zrušena úprava správního soudnictví, *Bulletin advokacie* 2002/10, S. 59 ff.

offensichtlich<sup>1051</sup>, dass die jetzige Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine weitere Reichweite hat und die Regelung des Verwaltungsverfahrens übersteigt<sup>1052</sup>, sich nicht nur auf in diesem Regime erlassene Entscheidungen bezieht. Die einschlägige Regelung des § 65 VwPO ermöglicht nämlich die Überprüfung von Handlungen (*úkony*) des Verwaltungsorgans, durch die ein Recht oder eine Pflicht des Klägers begründet, geändert, aufgehoben oder erheblich bestimmt werden, also nicht mehr nur bei im klassischen Verwaltungsverfahren erlassenen Entscheidungen.

Eine tiefgreifende Änderung ist die erweiterte gerichtliche Jurisdiktion, die den klassischen Rahmen der Gesetzmäßigkeitskontrolle verlässt und dem Gericht im Verfahren über die Klage gegen die Entscheidung des Verwaltungsorgans die Wiederholung der Beweiserhebung oder Ergänzung der durch das Verwaltungsorgan erhobenen Beweise (§ 77 VwPO) ermöglicht, bei dem im Fall der Aufhebung der Entscheidung des Verwaltungsorgans das Verwaltungsorgan diese Beweise in den Grundlagen für seine neue Entscheidung, bei der es durch die Rechtsauffassung des Gerichts gebunden ist (§ 78 Absätze 5 und 6 VwPO), mitumfassen muss. Nach *J. Baxa* und *M. Mazanec* wird auf diese Weise das Erfordernis der „vollen Jurisdiktion“ („*plná jurisdikce*“) im Sinne des Art. 6 Absatz 1 EMRK als allgemeines Prinzip berührt.<sup>1053</sup> Dadurch wird allerdings nicht ermöglicht, dass das Gericht in die Rolle des Verwaltungsorgans eintritt und dessen Verwaltungsermessen durch sein eigenes Ermessen ersetzt. Das Ermessen des Verwaltungsorgans hat das Gericht nach der gesetzlichen Regelung in der Richtung zu beurteilen, ob es nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen überschritten hat oder missbraucht wurde.

Bei einem weiteren den Trend zur vollen Jurisdiktion bestätigenden Element der Neuregelung ist dem nicht so. Das Gericht soll nämlich die Möglichkeit bei einer gegen die Auferlegung einer Geldbuße für ein Verwaltungsdelikt eingereichten Klage auf Antrag des Klägers von einer solchen „Strafe“ („*trest*“) absehen oder sie herabsetzen (wenn keine Gründe für die Aufhebung der Entscheidung vorliegen), soweit sie in offensichtlich unangemessener Höhe auferlegt wurde, wenn eine solche Entscheidung aufgrund des Sachverhalts, von dem das Verwaltungsorgan ausging, getätigt werden kann und das Gericht diese eventuell durch eigene Beweise in keiner grundsätzlichen Richtung ergänzt hat (§ 78 Abs. 2 VwPO). Hier tritt das Gericht in die Sphäre des Ermessens des Verwaltungsorgans ein und kann dessen

---

<sup>1051</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 207.

<sup>1052</sup> Vopálka, V.: Úprava správního řízení, in Pocta Vladimíru Mikule, k 65. narozeninám, ASPI Praha 2002, S. 271.

<sup>1053</sup> Baxa, J./Mazanec, M.: a. a. O., S. 10.

Ermessen in den oben beschriebenen Grenzen in der gegebenen Hinsicht durch eigenes Ermessen ersetzen.

bbb) Teil Fünf der Zivilprozessordnung (ZPO) n. F.

Außerhalb des Rahmens der Verwaltungsgerichtsbarkeit geriet die Überprüfung oder gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen der Verwaltungsbehörden über Angelegenheiten, die in den Bereich des Privatrechts fallen (oder in der Diktion des Art. 6 Abs. 1 EMRK über Angelegenheiten in „bürgerlichen Rechten oder Verboten“).

Wenn das Verwaltungsorgan nach einem besonderen Gesetz über eine Streitigkeit oder eine andere Rechtssache entschieden hat, die sich aus bürgerlich-, arbeits-, familien- und handelsrechtlichen Beziehungen ergibt, und die Entscheidung des Verwaltungsorgans Rechtskraft erlangt hat, kann dieselbe Sache auf Antrag im zivilen Gerichtsverfahren verhandelt werden (§ 244 Abs. 1 ZPO n. F.).

Diese Angelegenheiten gehören nun zum Wirkungsbereich der allgemeinen Gerichte, die sie tatsächlich in voller Jurisdiktion überprüfen, weil sie dieselbe Sache verhandeln können. Wenn das Gericht feststellt, dass in der gegebenen Sache anders entschieden werden soll als das Verwaltungsorgan entschieden hat, entscheidet das Gericht selbst in der Sache durch Urteil (§ 250 j ZPO n. F.), bei dem das Gericht nicht durch an den Sachverhalt, wie er vom Verwaltungsorgan festgestellt wurde (§ 250 e ZPO n. F.), gebunden wird.

Für die angeführte gerichtliche Überprüfung wird also das Kriterium der „Richtigkeit“ („*správnost*“) begründet (§ 250 i ZPO n. F.), durch das die Tür für solche Kriterien geöffnet wird, wie sie auch sämtliche Prinzipien und Grundsätze darstellen.<sup>1054</sup> Die Unrichtigkeit kann dabei auch einen Missbrauch des Verwaltungsermessens bedeuten.

ccc) Missbrauch des Verwaltungsermessens nach der VwPO

Grundlegend ist im Rahmen der Neuregelung der „revolutionäre“ Begriff des Missbrauchs des Verwaltungsermessens (*zneužití správní uvážení*).

Nach Auffassung der neueren tschechischen Literatur<sup>1055</sup> wird die Ausfüllung des Begriffes des Missbrauchs des Verwaltungsermessens notwendig vor allem aus ausländischen Quellen genährt.

---

<sup>1054</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 208.

<sup>1055</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 209 Fn. 66.



Nach *M. P. Singh* fällt im System des *common law* die Gesetzeswidrigkeit der Ermessenstätigkeit, wenn auch mehr als Folge von Zweifeln beim Gebrauch des Ermessens oder seines Missbrauchs, immer in die Kategorie des *ultra vires* gebrauchten Ermessens. Im deutschen Recht ist die exzessive Ausübung des Ermessens vom Ermessensmissbrauch unterscheidbar. Während die Überschreitung der Grenzen des Ermessens ein Äquivalent der Überschreitung der Kompetenz im Rahmen *ultra vires* ist, stellt der Missbrauch des Ermessens den Fall der Gesetzeswidrigkeit innerhalb der übertragenen Befugnis dar. Im ersten Fall wird angeführt, dass das Verwaltungsorgan die durch das Recht bestimmten Grenzen überschritten hat, im zweiten Fall wird die Gesetzeswidrigkeit dadurch begangen, dass die beabsichtigte oder irrtümliche Nichtbeachtung der für die Ausübung des gegebenen Ermessensfalles bestimmten inneren rechtlichen Grenzen (für die angeführten „inneren rechtlichen Grenzen“ wurde in dieser Untersuchung bisher die Bezeichnung der verbindlichen rechtlichen das Ermessen begrenzenden<sup>1056</sup> Gesichtspunkte verwandt). Der Ermessensmissbrauch kann nach dem zitierten Autor objektiv oder subjektiv sein. Objektiver Missbrauch ist die Folge der Nichtbeachtung oder Verletzung verfassungsmäßiger oder anderer rechtlicher Prinzipien wie der Gleichheit, Verständlichkeit, Verhältnismäßigkeit oder Werturteile (was als Nichtbeachtung verfassungsmäßiger Werte begriffen werden kann). Subjektiver Missbrauch wird dadurch begründet, dass die Ausübung des Ermessens einen unrichtigen Zweck verfolgt oder nicht mit den Feststellungen begründet wird, auf denen es begründet ist.

Nach dem oben genannten Autor wird im deutschen Recht der Missbrauch der Ermessensbefugnis z. B. in seinem Gebrauch für einen gesetzeswidrigen Zweck oder darin gesehen, dass seine Ausübung auf falschen Motiven gründet oder darin, dass für seinen Gebrauch unerhebliche Feststellungen in Betracht gezogen wurden. Es ist allerdings typisch, dass sich bei ein und demselben Fall mehrere Formen des Missbrauchs der Ermessensbefugnis finden lassen. Formen des Ermessensmissbrauchs lassen sich aus der reichlichen Judikatur ableiten und oftmals in der Verletzung einiger Prinzipien sehen wie dem Prinzip der materialen Gleichheit, der Angemessenheit (und in dessen Rahmen auch der Geeignetheit – der Zweckmäßigkeit, Unerlässigkeit), des sich aus dem Prinzip der Gleichheit und dem Prinzip der berechtigten Erwartung ergebenden Erfodernisses der Unparteilichkeit (Objektivität). Sie bewegen sich also im Rahmen der sog. Prinzipien der guten Verwaltung (*principy dobré správy*).<sup>1057</sup>

---

<sup>1056</sup> Bei Skulová findet sich – wie bereits erwähnt – unter Betonung des „internen“ Charakters der genannten Ermessensgrenzen der Ausdruck „beherrschend“.

<sup>1057</sup> Singh, M. P.: *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Springer Berlin 2001, S. 155 f., 159 ff. Ergänzend soll darauf hingewiesen werden, dass sich mit der Problematik des sog. *détournement de pouvoir* J. Hoetzel beschäftigte, bei dem er von diesem aus der Praxis des Staatsrates (Conseil d'État) entnommenen französischen Institut gerade das Merkmal der missbrauchten Befugnis zu anderen Zwecken als der durch den Gesetz übertragenen betonte (Hoetzel, J.: Stichwort „Freies Ermessen“ („Volné uvážení“), SVP, díl V (*Band V*), S. 346 f.).

Bei der Prüfung, ob es zum Missbrauch des Verwaltungsermessens gekommen ist, wird sich die gerichtliche Überprüfung nicht mehr auf „bloße“ durch das Gesetz bestimmte Gesichtspunkte stützen, begriffen im Sinne von Gesichtspunkten einer konkreten gesetzlichen Regelung des gegebenen Falles des Verwaltungsermessens.

Nach *Mazanec* wird es im Fall des Verwaltungsermessens folglich nicht mehr um die Situation der sog. „black box“ („černá skříňka“) gehen, deren Inhalt der Richter nicht überprüft.<sup>1058</sup>

*Vopálka* formulierte treffend, dass der Richter die Begriffe der Gesetzmäßigkeit, der weiteren Rechtmäßigkeit und der Richtigkeit *ermessen* (*uvažovat*) muss.<sup>1059</sup> Der Begriff der Rechtmäßigkeit beginnt danach seiner traditionell verstandenen Bande zu „entwachsen“ und seine Ausfüllung notwendig nicht nur in verwaltungsrechtlichen Regelungen, sondern auch in den Normen der Verfassung und internationaler Verträge sowie auch allgemeinen Rechtsprinzipien und Rechtsgrundsätzen zu sehen.

*Richard Pomahač* bemerkte dazu treffend:

„Nach der Auffassung des europäischen Verwaltungsrechts ist es notwendig, auch den Begriff „Rechtmäßigkeit“ in weiteren Dimensionen zu begreifen, als das die Gewohnheit war. Er bedeutet nämlich den Einklang mit der Verfassung, allgemeinen Rechtsgrundsätzen, geschriebenem Recht und der Sekundärgesetzgebung, den gewöhnlichen unmittelbar im innerstaatlichen Recht wirksamen Regeln des internationalen Rechts, Richterrecht und mit internen Richtlinien, soweit man sich vor Gericht auf sie berufen kann. Nach dem Prinzip der Rechtmäßigkeit muss ein rechtswidriger Akt aufgehoben werden.“<sup>1060</sup>

Genauso wird im Hinblick auf die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung, zugleich unter Zutun der Gerichte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor dem Hintergrund der neuen Regelung, auch der Begriff der „guten Verwaltung“ („dobrá správa“) profiliert, wie dies legislativ am Beispiel des Gesetzes über den Öffentlichen Rechtsombudsmann gezeigt wurde und wie dieser Begriff zum Standard eines modernen europäischen Verwaltungsraums wird.<sup>1061</sup> Die Konstituierung dieses Begriffes sowie einzelner seinen Inhalt bildender

---

<sup>1058</sup> Mazanec, Michal: Neurčité právní pojmy, volné správní uvážení, volné hodnocení důkazů a správní soud, *Bulletin advokacie* 2000/4, S. 8 ff., 12; vgl. die Kritik an der Altregelung vor dem Hintergrund der Vorgaben des Art. 6 Absatz 1 EMRK Hrdina, P.: Přezkoumatelnost rozhodnutí správních orgánů vydaných v rámci diskreční pravomoci (*Überprüfbarkeit von im Rahmen ihrer Ermessensfreiheit erlassenen Entscheidungen der Verwaltungsorgane*), *Právní rozhledy*, 1999, Nr. 4, S. 184 ff. unter Vergleich mit der deutschen Regelung.

<sup>1059</sup> Vopálka, V.: a. a. O., S. 271.

<sup>1060</sup> Pomahač, Richard: Zásady správního řízení a evropské právo (K návrh nového českého zákona o řízení před správními úřady), *Evropské a mezinárodní právo*, 2001, Nr. 3, S. 38.

<sup>1061</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 210.

Prinzipien und Grundsätze ist bislang unter Anderem Ergebnis der Wirkung von in einigen internationalen Verträgen, wie der EMRK, und Dokumenten des Europarats verankerten Standards, die in der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH sowie auch des tschechischen Verfassungsgerichts präzisiert und durchgesetzt wurden.

Ergänzend wird auch auf eine andere Erweiterung des Kreises der Fälle der Überprüfung des Verwaltungsermessens verwiesen. Durch die neue VwO wurde die Möglichkeit erneuert, das Überprüfungsverfahren (*Přezkumné řízení*) aus Gründen des Widerspruchs mit dem öffentlichen Interesse (*veřejný zájem*) einzuberufen (§ 94 Abs. 4 VwO)<sup>1062</sup>, und zwar auf Grundlage der Klage gegen die Entscheidung des Verwaltungsorgans, die der oberste staatliche Vertreter einreichen kann, soweit er dafür ein qualifiziertes, also erhebliches öffentliches Interesse findet, oder eventuell auch von weiteren ausdrücklich dazu durch besonderes Gesetz oder internationalen Vertrag ermächtigten Subjekten.

cc) Grundsätzliche Aufgabe der Gerichtsbarkeit bei der Bestimmung und der Durchsetzung von Ermessensgrenzen

aaa) Prinzipielle Funktionsbestimmung der Gerichte

Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist notwendig verbunden mit der Vorstellung einer hierarchischen Ordnung primärer und sekundärer Rechtsquellen und mit der Durchsetzung des Vorrangs von Grundrechten, die Verwaltungsgerichtsbarkeit gründet demgegenüber vor allem auf dem Prinzip der Legalität, der Verhältnismäßigkeit, des begrenzten Ermessens, der berechtigten Erwartung und entsprechenden rechtlichen Prüfsteinen wie dem Bemühen um rechtliche Korrektheit der alltäglichen, gewöhnlichen Entscheidungspraxis in Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung.<sup>1063</sup> Daher erscheint – entgegen dem traditionell engeren Verständnis rechtlicher Korrektheit im Sinne von Gesetzmäßigkeit als Übereinstimmung mit Rechtsvorschriften – der Gebrauch des Begriffes geeigneter für die Beurteilung der Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung, wenn er nicht nur den Einklang mit der Rechtsordnung betrifft, sondern darunter auch den ausdrücklich begründeten Kriterienrahmen im Falle allgemeiner Prinzipien und Grundsätze versteht. Die Übereinstimmung mit der Rechtsordnung umfasst inhaltlich dann infolgedessen zugleich die Richtigkeit des Gebrauchs ihrer einzelnen Komponenten. Die Prüfung der Richtigkeit des Gebrauchs einzelner sich auf den gegebenen Fall des Verwaltungsermessens beziehender

---

<sup>1062</sup> § 94 Abs. 4 VwO lautet:

<sup>1063</sup> Vgl. Pitová, L./Pomahač, R.: *Evropské správní soudnictví*, S. 36.

rechtlicher Regelungen vollzieht sich so mittels der angeführten Prinzipien und Grundsätze, die überwiegend auf die inhaltliche Seite der Entscheidung gerichtet sind.

In diesem Zusammenhang erscheint die Eingliederung des Kriteriums der Richtigkeit zur Beurteilung der Entscheidung der öffentlichen Entscheidung im Rahmen der Regelung des Teils Fünf der ZPO n. F., die die gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen in Angelegenheiten sog. privatrechtlicher Natur bestimmt.

Entsprechend ist die Ausfüllung der Möglichkeit des sog. Missbrauchs des Verwaltungsermessens im Sinne von § 78 der VwPO als unrichtiger Gebrauch zu verstehen.

Im Fall des Ermessensmissbrauchs geht es immer zugleich um den unrichtigen Gebrauch öffentlicher Gewalt oder den Gebrauch öffentlicher Gewalt in anderer Weise oder zu anderen Zwecken als der Wortlaut, der Zweck oder der Sinn nicht nur der einschlägigen angewandten konkreten rechtlichen Regelung, sondern auch des einschlägigen Teils der ganzen Rechtsordnung, einschließlich der Grundrechte und –freiheiten oder weiterer verfassungsmäßig geschützter Werte es gebieten.

Soweit die angeführte Möglichkeit eintritt, also die Verletzung nicht nur eines öffentlichen subjektiven Rechts, sondern eines verfassungsmäßig geschützten Rechts, und Abhilfe wurde weder im Rahmen der instanziellen Überprüfungstätigkeit noch im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder des Zivilprozesses nach dem fünften Teil der ZPO n. F. geleistet, kann gegenüber einer „inkorrekten“ Entscheidung der öffentlichen Verwaltung auf der Ebene der Verfassungsvorschriften (und internationaler Verträge nach Art. 10 bzw. 10 a der Verfassung) die geschützte Aufgabe des Verfassungsgerichts geltend gemacht werden.

Darin äußert sich die in der Literatur betonte komplementäre Beziehung der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bereich der auf sog. freies Ermessen begründeter Entscheidungen.<sup>1064</sup>

Nach *Vopálka* kommt die entscheidende Aufgabe bei der Durchsetzung von Prinzipien der guten Verwaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu.<sup>1065</sup> Danach dienen die angeführten Prinzipien nicht nur unmittelbar dem Schutz der Position der Beteiligten (Transparenz der Verwaltung, ihre konsistenten Entscheidungen und deren Übereinstimmung mit dem berechtigt erwarteten Inhalt, Begründung einzelner Entscheidungen, Unerlässlichkeit der Formulierung klarer Verwaltungspolitik, gerechtes Verfahren usw.), sondern auch der Stabilisierung und Stärkung der Verwaltung selbst, also dem Schutz des öffentlichen Interesses (z. B. Schnelligkeit, Effektivität, Vorzug der Rechtssicherheit etc.).

---

<sup>1064</sup> Vgl. Pítrová, L./Pomahač, R.: a. a. O., S. 36.

<sup>1065</sup> Vopálka, V.: a. a. O., S. 272.

Nach Auffassung von *Skulová* wirkt die neue Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Tätigkeit des neu errichteten NSS vor diesem Hintergrund tatsächlich als Ausgangsmoment notwendiger Änderungen in Richtung „Kultivierung des Bereichs des Verwaltungsermessens“.<sup>1066</sup> Daneben bedeutet auch die durch den Gesetzgeber geschaffene Änderung der neuen Fassung des fünften Teils der ZPO n. F. weiteren Raum für eine Kultivierungswirkung. Wie sich aus der beschriebenen Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Entscheidungskompetenz der allgemeinen Gerichte nach Teil Fünf der ZPO n. F. (also einerseits der Kontrolle der Überschreitung der Grenzen des Verwaltungsermessens und des Missbrauchs des Verwaltungsermessens, andererseits der Richtigkeit der Entscheidungen der Verwaltungsorgane) ergibt, werden die Gerichte in die Lage versetzt, dass sie zum Zwecke der Beurteilung des Handelns der öffentlichen Verwaltung oder der Folgen ihrer Tätigkeit konkrete Kriterien und Gesichtspunkte finden, ohne dass diese in den die Kompetenz der Gerichte in den angeführten Angelegenheiten begründenden einschlägigen Gesetzen konkretisiert würden. Allgemein zielt die gerichtliche Aufgabe daher eher auf Formulierung und Bildung von Prinzipien, zugleich auch ihre Durchsetzung.

Am Beispiel des NSS soll dessen Rolle im Prozess der Formulierung und Durchsetzung von Prinzipien der guten Verwaltung verdeutlicht werden. Das NSS kann einmal wirken in seiner Aufgabe der „Vereinheitlichung“ der Judikatur der Verwaltungsgerichte, wenn es „höchstes Gerichtsorgan in zur Kompetenz der Gerichte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gehörenden Angelegenheiten die Einheit und Gesetzmäßigkeit der Entscheidungen gewährleistet“ (§ 12 VwPO), und zwar dadurch, dass es über Kassationsbeschwerden entscheidet, die Rechtsmittel gegen rechtskräftige Entscheidungen der Kreisgerichte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit darstellen (§ 12 Abs. 1 VwPO)<sup>1067</sup>. Das NSS verfolgt und bewertet aber auch rechtskräftige Entscheidungen der Gerichte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Auf deren Grundlage im Interesse einheitlicher Entscheidungen der Gerichte verabschiedet es Standpunkte (*stanoviska*) zur Entscheidungstätigkeit der Gerichte in Angelegenheiten bestimmter Gattung. Die Standpunkte kann dabei ein Kollegium oder das Plenum des NSS verabschieden (§ 12 Abs. 2 VwPO). Die vereinheitlichende und „kultivierende“ Aufgabe wird auch gegenüber den Entscheidungen der Verwaltungsorganen verwirklicht. Es geht dabei um die sog. Grundsatzbeschlüsse (*tzv. zásadní usnesení*), die in der Sammlung der Entscheidungen des NSS veröffentlicht werden. Das NSS kann diese bei seiner Entscheidungstätigkeit im Interesse einer

---

<sup>1066</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 212 f.

<sup>1067</sup> Vgl. auch §§ 102 bis 110 VwPO.

gesetzmäßigen und einheitlichen Entscheidung der Verwaltungsorgane beschließen (§ 18 VwPO).<sup>1068</sup>

bbb) Rolle des Verfassungsgerichts und Verhältnis zur Verwaltungsgerichtsbarkeit

Das Verfassungsgericht hat im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung im Verhältnis zu konkreten Akten oder anderen Handlungen der öffentlichen Verwaltung eine spezifische Rolle, da seine Aufgabe in der Prüfung besteht, ob durch die Entscheidung oder einen anderen Eingriff des Organs der öffentlichen Verwaltung nicht ein in die Kategorie der verfassungsmäßig geschützten Rechte und Freiheiten fallendes subjektives Recht verletzt wurde (§ 72 Abs. 1 lit. a des Gesetzes Nr. 182/1993 Slg., über das Verfassungsgericht). Das Verfassungsgericht erfüllt also im Einklang mit seiner verfassungsmäßig begrenzten Aufgabe die Funktion des gerichtlichen Schutzes der Verfassung (Art. 83 der Verfassung). Kriterium des Verfassungsgerichts bei seiner gerichtlichen Überprüfungstätigkeit ist daher die Verfassungsmäßigkeit (*ústavnost*), d. h. die Übereinstimmung mit den normativen und Wertkategorien der Verfassung.<sup>1069</sup> Insoweit kommt dem Verfassungsgericht auch und gerade eine wertende Aufgabe zu.<sup>1070</sup> Das Verfassungsgericht ist – auch in Bezug auf die in dieser Untersuchung in Frage stehenden mit Verwaltungsermessen erlassenen oder verwirklichten Entscheidungen oder Eingriffe – keine allgemeine, höchste Superrevisionsinstanz für die Verwaltungs- oder allgemeine Gerichtsbarkeit.

Aus seiner gefestigten Judikatur kann vielmehr entnommen werden, dass es keine gewöhnliche weitere Instanz im System der allgemeinen Gerichtsbarkeit ist.<sup>1071</sup> In einer Entscheidung führt das Verfassungsgericht aus, dass es

„ihm nicht zusteht, die allgemeine Gesetzmäßigkeit oder letztlich Richtigkeit der Entscheidung zu beurteilen, und zwar einschließlich ihrer Begründung. Seine Aufgabe ist es, festzustellen, ob es durch die angefochtene Entscheidung zu einem Eingriff in die durch das Verfassungsgesetz oder einen internationalen Vertrag nach Art. 10 der Verfassung<sup>1072</sup> garantierten grundlegenden Menschenrechte und –freiheiten gekommen ist. Mit anderen Worten, nicht jede Gesetzeswidrigkeit begründet auch die

---

<sup>1068</sup> Vgl. dazu die Kritik an der bisherigen Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Pl. ÚS 16/99.

<sup>1069</sup> Klokočka, V.: Úloha ústavního soudu při kontrole ústavnosti soudní činnosti, Právní rádce, 1998, Nr. 9, Beilage, S. V.

<sup>1070</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 215.

<sup>1071</sup> Vgl. I. ÚS 68/93; I. ÚS 108/93; II. ÚS 92/95; I. ÚS 194/96.

<sup>1072</sup> Art. 10 a der Verfassung war damals noch nicht existent.

Verfassungswidrigkeit bzw. die Verletzung von Grundrechten und –freiheiten [...] und ist Grund für die Gewährung des Schutzes vor dem Verfassungsgericht.“<sup>1073</sup>

Entscheidungen oder andere Eingriffe von Organen der öffentlichen Gewalt beurteilt das Verfassungsgericht aus Sicht der Verfassungsmäßigkeit, entscheidet aufgrund einer eingereichten Verfassungsbeschwerde, ob es zu einer Verletzung der oder einem Eingriff in die verfassungsmäßig garantierten Rechte und Freiheiten des Beschwerdeführers gekommen ist (Art. 87 Abs. 1 lit. d der Verfassung<sup>1074</sup> und §§ 72 ff. des Gesetzes Nr. 182/1993 Slg., über das Verfassungsgericht).

Im Vergleich zur Aufgabe der Gerichte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit ihrer Gesetzmäßigkeitskontrolle sind die dem Verfassungsgericht zukommenden Prüfungskriterien wertender Natur. Für den Bereich des Verwaltungsermessens besteht daher die Hauptbedeutung des Verfassungsgerichts darin, dass es im Rahmen seines Überprüfungsumfanges das bereits angeführte weite Spektrum von Gesichtspunkten mit Werten, Zwecken, Prinzipien und Grundsätzen, einschließlich ihrer Formulierung und Konkretisierung geltend macht und diese Gesichtspunkte durch seine Entscheidungen in der Entscheidungstätigkeit der Gerichte und der Vollzugsorgane der öffentlichen Verwaltung durchsetzt.<sup>1075</sup> In seiner bisherigen Judikatur – wie oben bereits untersucht – hat sich das ÚS mehrmals zur Frage des Gebrauchs des freien Ermessens der Verwaltungsorgane geäußert, überwiegend im Zusammenhang mit der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Betont wird an dieser Stelle, dass auch das bereits erwähnte Gesetz Nr. 182/1993 Slg., über das Verfassungsgericht, keine konkrete Bestimmung enthält, die das Vorgehen des Verfassungsgerichts in Fällen regeln würde, wenn es zu einem Eingriff des Organs der öffentlichen Gewalt aufgrund durch das Gesetz gestattetes Verwaltungsermessens gekommen ist.<sup>1076</sup>

Auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit gilt jedoch, dass mit der Geltendmachung des Rechts auf gerichtlichen Schutz die Kompetenz des Organs der öffentlichen Gewalt nicht auf das Verfassungsgericht übergeht. Das Verfassungsgericht kann daher den Eingriff nach seiner

---

<sup>1073</sup> II. ÚS 45/94 (Slg. ÚS, Band 3, S. 17).

<sup>1074</sup> Art. 87 Abs. 1 lit. d der Verfassung lautet:

<sup>1075</sup> Skulová, S.: a. a. O., S. 216.

<sup>1076</sup> Auch in der Verfassung selbst findet sich keine diesbezügliche Regelung (anders in der österreichischen Bundesverfassung, vgl. oben).

inhaltlichen Seite nur in der Hinsicht prüfen, ob die Beschränkung verfassungsmäßig garantierter Rechte und Freiheiten durch den verursachten Eingriff nicht die verfassungsmäßig garantierten Grenzen überschritten hat.

Von diesem Prinzip ging das Verfassungsgericht in der oben ausführlich erwähnten Angelegenheit IV. ÚS 128/94 aus:

„In der verhandelten Sache widersprechen die Schlussfolgerungen der Verwaltungsorgane über die Nichterfüllung der Bedingungen der Zuverlässigkeit [*spolehlivost*] des Beschwerdeführers im Sinne der Bestimmung des § 27 Absatz 2 des Gewerbegesetzes nicht dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung – der Beschwerdeführer unternimmt weiterhin unberechtigt – noch den Regeln des logischen Erwägens, sodass der gegenteilige Schluss einen unzulässigen Eingriff in das freie Verwaltungsermessen [des Verwaltungsorgans] darstellen würde.“<sup>1077</sup>

Im Übrigen werden Entscheidungen der Organe der öffentlichen Verwaltung in der Regel vom Verfassungsgericht im Zusammenhang mit einer Gerichtsentscheidung aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit geprüft.<sup>1078</sup>

In Fällen, für die die gerichtliche Überprüfung ausgeschlossen ist, richtet sich die Verfassungsbeschwerde direkt gegen die Entscheidung oder den Eingriff des Organs der öffentlichen Verwaltung. Der Kreis solcher Angelegenheiten ist wegen der neuen Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wesentlich zurückgegangen.<sup>1079</sup>

Wie teilweise erwähnt<sup>1080</sup>, äußerte sich das ÚS kritisch zur Tatsache, dass das ÚS aufgrund der Vorgängerregelung mit im Wesentlichen eininstanzlicher Verwaltungsgerichtsbarkeit, praktisch ohne Möglichkeit einer vereinheitlichenden Judikatur in Verwaltungsangelegenheiten, und nicht vorhandener Beurteilungsmöglichkeit von Angelegenheiten durch die Gerichte in sog. voller Jurisdiktion (*tzv. plná jurisdikce*) dazu gezwungen war, eine große Anzahl aus Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung „stammender“ Angelegenheiten einer Lösung zuzuführen.

Auch in der Sache III. ÚS 142/98 kritisierte das Verfassungsgericht die Situation, in der es bei Nichtexistenz eines durch die Verfassung vorausgesetzten Obersten Verwaltungsgerichts (NSS)

---

<sup>1077</sup> IV. ÚS 128/94 (Slg. ÚS, Band 2, S. 262).

<sup>1078</sup> Vgl. die Erschöpfungsregel aus § 75 Abs. 1 des Verfassungsgerichtsgesetzes:

<sup>1079</sup> Zusammenfassend Skulová, S.: a. a. O., S. 217.

<sup>1080</sup> Vgl. das „Aufhebungs“-Urteil Pl. ÚS 16/99.



in Angelegenheiten, die in der Verwaltungsgerichtsbarkeit abgehandelt werden, gezwungen wird, in unumgänglichen Fällen Korrekturen der Rechtsauffassungen durchzuführen, die eigentlich sonst diesem Gericht zufallen würden:

„Das gegenwärtige System der Verwaltungsgerichtsbarkeit kennt kein anderes Mittel der Korrektur der gerichtlichen Entscheidung, als es die Verfassungsbeschwerde ist, was ein zweifellos unerwünschter und den Prinzipien der Vollziehung von Gerechtigkeit im Rechtsstaat nicht entsprechender Zustand ist“.<sup>1081</sup>

Die neue Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wie auch die Regelung der Überprüfung von „privatrechtlichen“ Angelegenheiten nach Teil Fünf der ZPO n. F., mit der erweiterten Sphäre voller Jurisdiktion, mit der Begründung der Möglichkeit von Rechtsmitteln, vor allem der sog. Kassationsbeschwerde (*kasační stížnost*)<sup>1082</sup>, bedeutet für das Verfassungsgericht eine erhebliche Entlastung.

Als am bedeutensten sieht *Skulová* allerdings die Verschiebung durch die Einführung des Begriffes des Missbrauchs des Verwaltungsermessens in die VwPO an.<sup>1083</sup> Diese Änderung, in Verbindung mit der bereits erwähnten vollen Jurisdiktion und dem erweiterten Spektrum an Kontrollaktivitäten der öffentlichen Verwaltung (also nicht nur im Rahmen der sog. klassischen Entscheidungen), bringt die Möglichkeit, Unrichtigkeiten und nicht nur „Gesetzeswidrigkeiten“ in der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu lösen.

Im Rahmen von Entscheidungen über Kassationsbeschwerden, für deren Einreichen u. A. der Grund der „auf der unrichtigen Beurteilung einer Rechtsfrage durch das Gericht im vorangehenden Verfahren beruhenden Gesetzeswidrigkeit“ (*„nezákonnosti spočívající v nesprávném posuzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení“*) (§ 103 Abs. 1 lit. a VwPO)<sup>1084</sup> bestimmt ist, steht es nach *Skulová* in der Kompetenz des NSS, die Frage zu beurteilen, ob es sich im gegebenen Fall um einen Missbrauch des Verwaltungsermessens nach § 78 Abs. 1 VwPO handelt oder nicht<sup>1085</sup>.<sup>1086</sup> Dadurch kann dieses Gericht qualitativ an der Durchsetzung oder Konkretisierung der Prinzipien der guten Verwaltung mitwirken. Der Beitrag des Verfassungsgerichts liegt dann im Hinblick auf das Verwaltungsermessen vor allem in der Formulierung und in der Form der Entscheidung in der Durchsetzung von

---

<sup>1081</sup> III. ÚS 142/98 (Slg. ÚS, Band 11, S. 131).

<sup>1082</sup> Vgl. §§ 102 bis 110 VwPO.

<sup>1083</sup> *Skulová*, S.: a. a. O., S. 217.

<sup>1084</sup> § 103 Abs. 1 lit. a VwPO lautet vollständig:

<sup>1085</sup> Leider sind Tendenzen in diese Richtung immer noch nicht erkennbar in der Judikatur des NSS.

<sup>1086</sup> Vgl. *Skulová*, S.: a. a. O., S. 218.

ermessensbegrenzenden Prinzipien sowohl für den Gesetzgeber als auch für die Anwendungspraxis.

### **III. Zusammenfassung der Schlussfolgerungen**

1. Praktisch wie theoretisch bedeutsam für die Ausfüllung des Rechtsinstituts des Verwaltungsermessens ist der dem Verwaltungsorgan eröffnete „Raum“ oder Spielraum zur Bestimmung grundlegender begrifflicher Zusammenhänge, in denen es sich bei der Erörterung des Verwaltungsermessens zu bewegen hat. In der neueren tschechischen Verwaltungsrechtstheorie wird der Begriff des Verwaltungsermessens zusammenfassend als rechtlich verfasste entscheidungsbezogene Ermessensform mit gesetzlich begrenzter Wahlmöglichkeit nach konkretisierenden Kriterien aufgefasst. Die Novelle der Zivilprozessordnung (ZPO) aus dem Jahr 1991 gebrauchte im Zusammenhang mit der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen „*zakonem povolená volná úvaha (správní uvážení)*“, während die Verwaltungsprozessordnung (VwPO), in Kraft seit 1. 1. 2003, wieder direkt auf die Bezeichnung „*správní uvážení*“ zurückgreift. In der gegenwärtigen tschechischen Literatur werden im Wesentlichen die Bezeichnungen *správní uvážení* (gelegentlich auch *volná úvaha*) oder als modernerer Ausdruck *diskreční pravomoc* ohne Unterschied in der Bedeutung verwandt.

2. Bereits von der sog. zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde – wohl gerade vor dem Hintergrund des sog. weiten Ermessensverständnisses des ehemaligen NSS – das Verwaltungsermessen rechtsdogmatisch nicht immer klar von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen unterschieden. Danach kommt das Institut des Verwaltungsermessens dann in Betracht, wenn mit der Existenz eines bestimmten Tatbestandes nicht eindeutig eine einzige notwendige Rechtsfolge verbunden ist. Das Verwaltungsermessen kann dabei der Natur der Sache nach sowohl in der Hypothese als auch in der Disposition und letztlich auch in der Sanktion der Norm des Verwaltungsrechts in Betracht kommen. Das Institut der sog. unbestimmten Begriffe stellt eine andere Form des Ermessens dar und ist folglich kein Verwaltungsermessen im oben angeführten Sinn. Bei der Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe richtet sich das Ermessen auf den konkreten Tatbestand und seine Bewertung. Demgegenüber ist beim Verwaltungsermessen das Ermessen an der Art des Gebrauchs der Rechtsfolge (z. B. das Verbot einer bestimmten Tätigkeit auszusprechen) orientiert. In einer

wohl immer noch traditionell begriffenen Verhaftung in einem weiten Ermessensverständnis kennt das NSS allerdings neuerdings ebenfalls die ausnahmsweise Übertragung der eingeschränkten Kontrollmaßstäbe auf den sog. unbestimmten Rechtsbegriff.

Das Verfassungsgericht schließt sich ebenfalls – trotz auch aus der Tradition eines weiten Ermessensverständnisses entstammender Entscheidungen – dem Standpunkt der Rechtstheorie zum Unterschied zwischen der Anwendung rechtlicher Normen, die unbestimmte Rechtsbegriffe beinhalten, und dem freien Ermessen der rechtsanwendenden Organe unter Berufung auf die Literatur an. Im Verfahren der Organe besteht danach bei der Anwendung von Normen mit unbestimmten Rechtsbegriffen und der Ausübung der Ermessensfreiheit ein Unterschied, auch wenn in beiden Fällen das Organ eine gewisse Art der Freiheit hat. Die Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffes erläutert dabei dessen Bedeutung sowie Umfang und würdigt die Tatsachen des konkreten Falles im Hinblick darauf, ob dieser sich in den Rahmen des gebildeten Umfangs des unbestimmten Rechtsbegriffes einordnen lässt. In der Rechtsprechung wird folglich zwar ein „wesentlicher Unterschied“ betont, oftmals aber nur eine Differenzierung verschiedener Ermessensformen ausgeführt.

Die neuere Auffassung stellt dagegen einen grundlegenden rechtsdogmatischen Unterschied im Begriffsverständnis heraus. Aus dem Wesen des Ermessens folgt, dass alle möglichen Entscheidungen gesetzmäßig sind, da es gerade das Wesen des Verwaltungsermessens ausmacht, dass der Entscheidungsinhalt nicht im Vornherein festgelegt und es mehrere zulässige Entscheidungsmöglichkeiten gibt. Danach sind im Gegensatz zur klassischen rechtstheoretischen Auffassung beim unbestimmten Rechtsbegriff mehrere Entscheidungsmöglichkeiten der Behörde nicht möglich, denn die Behörde hat diesbezüglich kein Ermessen, sondern nur einen gewissen Raum bei der Feststellung der konkreten Lösung. Im Ergebnis ist ein solches rechtsdogmatisch begriffenes Rechtsfolgeermessen dann als Gegensatz zur Rechtsanwendung zu verstehen, wie dies auch in der deutschen Literatur gesehen wird. Verwaltungsermessen kann daher vor dem Hintergrund einer nur relativen Ungebundenheit lediglich insoweit als Frage der konkretisierenden Rechtsanwendung gesehen werden, wie dieses Ermessen pflichtgemäß sein muss im Sinne einer Rechtspflicht.

3. Die Untersuchung der Begriffszusammenhänge des Verwaltungsermessens im rechtsstaatlichen Beziehungsgeflecht zeigt, dass der gegenwärtige Staat und die öffentliche Verwaltung wieder an der früher begründeten Tradition des sog. liberalen Rechtsstaats anknüpfen, aber im Sinne einer materialen Rechtsstaatskonzeption auch darüber

hinausgehen. Dieser Ausformungsprozess brachte eine Grundlegung, Herauskristallisierung und Durchsetzung einiger grundlegender Grundsätze oder Prinzipien mit sich, die den Bereich der Entscheidungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung beherrschen bzw. begrenzen. Besonders bedeutsam sind für den Bereich der Ermessensentscheidungen, soweit es das Verhältnis der Verwaltung zum Einzelnen betrifft, insbesondere Rechtsprinzipien und Rechtsgrundsätze, die zur Herausarbeitung grundlegender Charakteristika und Begriffszusammenhänge des Verwaltungsermessens als für Entscheidungen nach sog. freiem Ermessen besonders beherrschend heranzuziehen sind.

4. Als Kriterien für die Auslegung und Anwendung von Verwaltungsermessens dienen im Rechtsstaat notwendig vorhandene Strukturkategorien begrenzender Gesichtspunkte. Auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts kommt dabei den sog. allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts und den sog. Prinzipien der guten Verwaltung besondere Bedeutung zu. Es ist Aufgabe neben der Verfassungs- und europäischen Gerichtsbarkeit vor allem der Verwaltungsgerichtsbarkeit, sich bei der Überprüfungstätigkeit von diesen auszugehen und durch die Anwendungstätigkeit die entwickelten Grundsätze oder Prinzipien für den Einzelfall zu konkretisieren. Gerade für das Verwaltungsermessens als von besonderem Interesse werden die sog. Prinzipien der guten Verwaltung als Gruppe von Rechtsprinzipien angesehen, die grundlegend für den Vollzug einer ordnungsgemäßen und richtigen öffentlichen Verwaltung ist: so vor allem das Prinzip des Verbots des Missbrauchs des Ermessens, also der abweichenden Zweckverfolgung unter gleichzeitiger Wahrung der Objektivität und Unparteilichkeit, das Prinzip der Gleichheit vor dem Recht und des Verbots der Diskriminierung, das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, einschließlich des Erfordernisses der Entscheidung innerhalb einer vernünftigen, der Sache angemessenen Frist, die besonderen Umstände des Falles im Einklang mit der Durchsetzung allgemeiner Richtlinien zu beurteilen, das Prinzip der berechtigten Erwartung, im weiteren Sinne der Rechtssicherheit. Nach der Regelung des § 78 Abs. 1 VwPO ist die konkrete Profilierung des Grundsatzes des Verbots des Missbrauchs des Verwaltungsermessens Aufgabe der neu konstituierten Verwaltungsgerichtsbarkeit mit ihrer Überprüfungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung. In diesem Kontext sind die Prinzipien der guten Verwaltung auch als verbindliches Kriterium für die Kontrolltätigkeit der Gerichte gegenüber aufgrund von Verwaltungsermessens erlassenen Akten der öffentlichen Verwaltung grundlegendes Moment und Ausgangspunkt der notwendigen Änderungen der neuen Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, indem diese Prinzipien aus Sicht der zuständigen Gerichte bei der Beurteilung des etwaigen „Missbrauchs

des Verwaltungsmessens“, der „Verhältnismäßigkeit auferlegter Verwaltungssanktionen“, aber auch der „Richtigkeit der Entscheidungen“ im Rahmen der Überprüfung gemäß Teil Fünf der ZPO n. F. heranzuziehen sind.

5. Mit Rücksicht auf die Anfänge der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihre Aufgabe im System der öffentlichen Gewalt ist für die Definition von Kriterien für die gerichtliche Überprüfung die Bestimmung von Gesichtspunkten der Gesetzmäßigkeit, von der auch die gegenwärtige Regelung nach dem Gesetz Nr. 150/2002 Slg. (VwPO) ausgeht, unerlässlich. Zweck der rechtlichen Regelung ist die Gewährung gerichtlichen Schutzes von öffentlichen subjektiven Rechten natürlicher und juristischer Personen auf die durch dieses Gesetz bestimmte Weise und unter den durch dieses oder ein spezielles Gesetz bestimmten Bedingungen (§ 2 VwPO). Im Hinblick auf das Verwaltungsmessen ist nach der geltenden Regelung die Gesetzeswidrigkeit von Entscheidungen des Verwaltungsorgans darin zu sehen, dass das Organ die durch das Gesetz bestimmten Grenzen des Verwaltungsmessens überschritten oder das Verwaltungsmessen missbraucht hat (§ 78 Abs. 1 VwPO). Durch die konkrete Bestimmung der Eingliederung des Begriffes des „Missbrauchs des Verwaltungsmessens“ öffnet sich die Sphäre der Ermessensentscheidung der gerichtlichen Überprüfung. Die jetzige Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit übersteigt auch die Regelung des Verwaltungsverfahrens und bezieht sich nicht nur auf in diesem Regime erlassene Entscheidungen. Eine tiefgreifende Änderung ist die erweiterte gerichtliche Jurisdiktion, die den klassischen Rahmen der Gesetzmäßigkeitskontrolle verlässt und dem Gericht im Verfahren über die Klage gegen die Entscheidung des Verwaltungsorgans die Wiederholung der Beweiserhebung oder Ergänzung der durch das Verwaltungsorgan erhobenen Beweise (§ 77 VwPO) ermöglicht, bei dem im Fall der Aufhebung der Entscheidung des Verwaltungsorgans das Verwaltungsorgan diese Beweise in den Grundlagen für seine neue Entscheidung, bei der es durch die Rechtsauffassung des Gerichts gebunden ist (§ 78 Abs. 5 und 6 VwPO), mitumfassen muss. Dadurch darf das Gericht aber nicht das Verwaltungsmessen des Verwaltungsorgans durch sein eigenes Ermessen ersetzen. Das Ermessen des Verwaltungsorgans hat das Gericht nach der gesetzlichen Regelung nur in der Richtung zu beurteilen, ob es nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen überschritten hat oder missbraucht wurde. Das Gericht kann allerdings bei einer gegen die Auferlegung einer Geldbuße für ein Verwaltungsdelikt eingereichten Klage auf Antrag des Klägers von einer solchen „Strafe“ absehen oder sie herabsetzen, soweit sie in offensichtlich unangemessener Höhe auferlegt wurde, wenn eine solche Entscheidung

aufgrund des Sachverhalts, von dem das Verwaltungsorgan ausging, getätigt werden kann und das Gericht diese eventuell durch eigene Beweise in keiner grundsätzlichen Richtung ergänzt hat (§ 78 Abs. 2 VwPO). Hier kann dann das Gericht das Ermessens des Verwaltungsorgans in den oben beschriebenen Grenzen in der gegebenen Hinsicht durch eigenes Ermessen ersetzen.

Außerhalb des Rahmens der Verwaltungsgerichtsbarkeit geriet die Überprüfung oder gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen der Verwaltungsbehörden über Angelegenheiten, die in den Bereich des Privatrechts fallen (oder in der Diktion des Art. 6 Abs. 1 EMRK über Angelegenheiten in „bürgerlichen Rechten oder Verboten“) in Teil Fünf der Zivilprozessordnung (ZPO) n. F. Diese Angelegenheiten gehören nun zum Wirkungsbereich der allgemeinen Gerichte, die sie tatsächlich in voller Jurisdiktion überprüfen, weil sie dieselbe Sache verhandeln können. Wenn das Gericht feststellt, dass in der gegebenen Sache anders entschieden werden soll als das Verwaltungsorgan entschieden hat, entscheidet das Gericht selbst in der Sache durch Urteil (§ 250 j ZPO n. F.), bei dem das Gericht nicht durch an den Sachverhalt, wie er vom Verwaltungsorgan festgestellt wurde (§ 250 e ZPO n. F.), gebunden wird. Für die angeführte gerichtliche Überprüfung wird also das Kriterium der „Richtigkeit“ begründet (§ 250 i ZPO n. F.), durch das die Tür für solche Kriterien geöffnet wird, wie sie auch sämtliche Prinzipien und Grundsätze darstellen. Die Unrichtigkeit kann dabei auch einen Missbrauch des Verwaltungsermessens bedeuten.

Grundlegend ist im Rahmen der Neuregelung der Begriff des Missbrauchs des Verwaltungsermessens. Bei der Prüfung, ob es zum Missbrauch des Verwaltungsermessens gekommen ist, stützt sich die gerichtliche Überprüfung nicht mehr auf „bloße“ durch das Gesetz bestimmte Gesichtspunkte, begriffen im Sinne von Gesichtspunkten einer konkreten gesetzlichen Regelung des gegebenen Falles des Verwaltungsermessens. Der Begriff der Rechtmäßigkeit beginnt nach neuerer Auffassung seiner traditionell verstandenen Bande einer Gesetzmäßigkeitskontrolle zu „entwachsen“ und seine Ausfüllung notwendig nicht nur in verwaltungsrechtlichen Regelungen, sondern auch in den Normen der Verfassung und internationaler Verträge sowie auch allgemeinen Rechtsprinzipien und Rechtsgrundsätzen zu sehen. Genauso wird im Hinblick auf die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung, zugleich unter Zutun der Gerichte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor dem Hintergrund der neuen Regelung, auch der Begriff der „guten Verwaltung“ profiliert, wie dies in Tschechien legislativ am Beispiel des Gesetzes über den Öffentlichen Rechtsombudsmann gezeigt werden kann und wie dieser Begriff zum Standard eines modernen europäischen Verwaltungsraums

wird. Hierbei kommt abermals der Durchleuchtungsfunktion des tschechischen Verfassungsgerichts eine entscheidende Rolle zu.

## **C. Verwaltungsermessen im tschechischen Gewerberecht**

Der verfassungsrechtlichen Sicherung unternehmerischer Tätigkeit in den neuen Mitgliedstaaten wie der Tschechische Republik und in der Folge ihrer einfachgesetzlichen Ausprägung kommen in rechtlich-ökonomische Dimension des europäischen Vertiefungsprozesses vor dem Hintergrund der Ermessensproblematik besondere Bedeutung zu. Entscheidend wird es zukünftig sein, wie sich das konkrete rechtliche Umfeld des Mitgliedstaats gestaltet und inwieweit noch eine Divergenz zwischen Rechtsanspruch und Rechtswirklichkeit besteht.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Frage zentral, ob rechtsstaatliche Institutionen auch in der Praxis funktionieren oder inwieweit noch ein Widerspruch zwischen gesetztem Recht und Rechtsauslegung und -anwendung besteht.

Daher besteht mit Rücksicht auf Rechtssicherheit und Investitionsschutz das Bedürfnis, die rechtlichen Grundlagen der lange Zeit gesetzessystematisch unzureichend behandelten Gewerbefreiheit als notwendig wirtschaftsverwaltungsrechtlich ausgeprägte Form der verfassungsrechtlich garantierten Unternehmerfreiheit zu untersuchen. Gerade auf dem Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts spielen aber Ermessensentscheidungen eine besondere Rolle. Die genannten Problemfelder sind daher in dieser Untersuchung inhaltlich miteinander zu verbinden.

### **I. Grundlagen des Gewerberechts**

#### **1. Verfassungsrechtlicher Rahmen**

Ausgehend von der in Art. 26 Abs. 1 der Charta verankerten Unternehmerfreiheit – die nach Art. 26 Abs. 2 nur durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes eingeschränkt werden kann - und unter Abgrenzung zu anderen Grundrechten und Grundfreiheiten sind die Grundlagen für die

nicht immer unproblematische wirtschaftliche Betätigung<sup>1087</sup> in der tschechischen Verfassungsordnung zu untersuchen.

Die sozialistisch geprägte Wirtschaftsordnung der ČSFR war dadurch gekennzeichnet, dass die wirtschaftliche Betätigung auf der Grundlage gesamtgesellschaftlich organisierter Wirtschaftsbeziehungen erfolgte.<sup>1088</sup> Wirtschaftliche Tätigkeit entsprang also nicht der für uns so selbstverständlichen Eigeninitiative, sondern war Sache der zentralen Planung und Lenkung. Insoweit wird vom System der sog. „operativen Planung“<sup>1089</sup> gesprochen, auf dem die gesamte Volkswirtschaft ruhte. Der Staat konnte dabei Wirtschaftsorganisationen – als bloße Verwalter fungierend, formale Unabhängigkeit war nur in Ausnahmefällen gegeben – errichten, unter Wahrnehmung der Eigentumsrechte am Staatsvermögen durch dessen Selbstverwaltungsorgane. Geltend gemacht wurden diese Eigentumsrechte auf der Basis der durch den umfassenden Staatsplan vorgegebenen Aufgaben.

Eine grundlegende Reform der Wirtschaftsordnung nach der sog. Samtenen Revolution (*samtní revoluce*) von 1989 wurde zunächst verfassungsrechtlich durch das Gesetz Nr. 100/1990 Slg. eingeleitet. Nach Art. 13 der Verfassung von 1990 hatte der Gesetzgeber als Grundsatz den „Schutz des Unternehmertums“ aufgenommen und damit gleichzeitig den Auftrag erteilt, Bedingungen und Regeln für dessen Umsetzung zu erlassen. Danach wurde der Wirtschaftsfreiheit durch Art. 26 Abs. 1 in der Urkunde auch Grundrechtsstatus verliehen. Dieser gewährleistet das Recht, jede wirtschaftliche Tätigkeit aufzunehmen und zu betreiben. Dabei steht diese aber unter einem relativ weit gefassten Gesetzesvorbehalt.<sup>1090</sup>

Die Freiheit, sich selbständig wirtschaftlich zu betätigen, ist wesentliches Element für die Förderung privatwirtschaftlicher Tätigkeit. Die tschechische Terminologie unterscheidet sich

---

<sup>1087</sup> Vgl. in Bezug auf bestehende Rechtsunsicherheiten für ausländische Personen in gewerberechtlicher Hinsicht noch vor dem EU-Beitritt Tschechiens Staša, Josef: Ausgewählte Bereiche des materiellen Verwaltungsrechts in Tschechien in: Wieser, Bernd/Stolz, Armin (Hrsg.) Vergleichendes Verwaltungsrecht in Ostmitteleuropa – Grundriss der Verwaltungsordnungen Polens, Tschechiens, der Slowakei und Ungarns, Verlag Österreich GmbH 2004, S.646 ff.

<sup>1088</sup> Vgl. Němec, Jiří: Ausländische Direktinvestitionen in der Tschechischen Republik, Mohr Siebeck 1997, S. 30.

<sup>1089</sup> Němec, Jiří: a. a. O., S. 34.

<sup>1090</sup> Vgl. Borić, Tomislav/Pokorná, Jarmila: Die Wirtschaftsverfassung der Tschechischen Republik in: Marco, Joseph/Ableitinger, Alfred/ Brötl, Alexander/Holländer, Pavel (Hrsg.): Revolution und Recht – Systemtransformation und Verfassungsentwicklung in der Tschechischen und Slowakischen Republik, Peter Lang Verlag, 2000, S. 125.



mit dem Begriff „Unternehmerfreiheit“ als Bezeichnung für die Begründung und Ausübung privatwirtschaftlicher Aktivität von einigen anderen Wirtschaftsverfassungen.<sup>1091</sup>

## 2. Gewerbegesetz

Umgesetzt auf einfachgesetzlicher Ebene wurde die Unternehmerfreiheit ebenfalls 1990<sup>1092</sup> im sog. „ersten Paket“ der Wirtschaftsreformgesetze durch das Gesetz Nr. 105/1990 Slg., in der Fassung des Gesetzes Nr. 219/1991 Slg., über die private Unternehmenstätigkeit der Bürger<sup>1093</sup>. Das Gesetz sah eine weitreichende Vereinfachung für die Begründung und Ausübung unternehmerischer Tätigkeit vor und stellte die ausübenden Personen unter eine Registrierungspflicht.<sup>1094</sup>

Die Gewerbefreiheit als Form der Unternehmerfreiheit wurde durch das am 1.01.1992 in Kraft getretene Gesetz Nr. 455/1991 Slg., über das gewerbliche Unternehmen (Gewerbegesetz) (*o živnostenském podnikání (živnostenský zákon)*) umfassend geregelt<sup>1095</sup>. Dieses Gewerbegesetz gewährleistet eine von administrativen Berechtigungs- und Ausübungsbeschränkungen weitgehend freie Erwerbstätigkeit.

---

<sup>1091</sup> Vgl. Gärtner, W.: Die Neugestaltung der Wirtschaftsverfassungen in Ostmitteleuropa, S. 98 ff. Nach Borić/Pokorná, a. a. O., S. 126 dürften die Gründe für diese Bezeichnungswahl einerseits in der Weite der Bezeichnung Unternehmerfreiheit unter Einschluss jeglicher privatwirtschaftlichen Aktivität zu suchen sein, andererseits erstreckt sich der personale Anwendungsbereich sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen. Der Urkunde selbst sind jedoch keine eindeutigen diesbezüglichen Anhaltspunkte zu entnehmen, sie erscheint aber mit „jeder“ als adressiertem Grundrechtsträger einer weiten Auslegung zugänglich (so Gärtner, a. a. O., S. 100 mit Hinweis auf Hošková, Mahulena.: Zur Wiederherstellung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei, ZaöRV 52 (1992), 334, S. 343, Fn. 40, unter Begründung mit der Antragsberechtigung von juristischen Personen zur Verfassungsbeschwerde).

<sup>1092</sup> Vgl. aber schon die Regierungsanordnung der Tschechischen Sozialistischen Republik über den Verkauf von Waren und die Erbringung anderer Dienstleistungen durch Bürger aufgrund einer Genehmigung des Nationalausschusses vom 24.11.1987, hierzu Bohata, Petr: Tschechoslowakei: Anordnung über private Erwerbstätigkeit von 1987, Einführung und Übersetzung, JOR 1988, 363.

<sup>1093</sup> Dieses Gesetz wurde später durch das Gewerbegesetz aufgehoben. Letztlich konnte so aber wieder an die Tradition angeknüpft werden, die mit der Rezeption der Vorschriften der österreichischen Gewerbeordnung (Gesetz Nr. 227/1859 Reichsslg.) in die tschechoslowakische Rechtsordnung begann.

<sup>1094</sup> Vgl. Dědič, J./Baumgartner, C.: Tschechisches und slowakisches Wirtschaftsrecht, Wien 1994, S. 193

<sup>1095</sup> Eine deutsche Übersetzung findet sich z. B. bei Breidenbach, Stefan (Hrsg.): Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO), Länderteil Tschechische Republik, GewG, Ordnungsnummer 800 (unter laufender Aktualisierung). Als Föderalgesetz konnte es aber nicht die Wirksamkeit beim staatlichen Verwaltungsvollzug bestimmen und so wurde das Gesetz ČNR Nr. 570/1991 Slg., über die Gewerbeämter, seine notwendige Ergänzung (vgl. Vorwort X in: Staša, Josef/Srbová, Irena: Zákon o živnostenském podnikání (živnostenský zákon) a předpisy související: komentář (Gesetz über die Gewerbeausübung (Gewerbegesetz) und zusammenhängende Vorschriften: Kommentar), 4., ergänzte und überarbeitete Auflage, C. H. Beck Praha 2005).

Das gewerbliche Unternehmen (*živnostenské podnikání*) lässt sich nach Petr Průcha<sup>1096</sup> auch als das Unternehmen (*podnikání*) bezeichnen, das in einem gewerberechtlichen Regime, d. h. unter Bedingungen verwirklicht wird, die die einschlägige gewerberechtliche Regelung öffentlich-rechtlichen Charakters für diesen Fall vorschreibt. Danach sind für den Begriff bzw. das Institut des Unternehmens zwei Aspekte bestimmend: einmal als Ausdruck des „inhaltlichen oder gegenständlichen“ Bestandteils des Begriffes oder Instituts bzw. „was“ unter Unternehmen zu verstehen ist und einmal der „Berechtigungs“-Bestandteil des Begriffes oder Instituts bzw. „aus welchem Titel“ die betreffenden Subjekte<sup>1097</sup> „berechtigt“ („*oprávněný*“) sind zu unternehmen.

Unternehmen lässt sich definieren als planmäßige, durch einen Unternehmer im eigenen Namen<sup>1098</sup> und in eigener Verantwortung selbständig zum Zwecke der Gewinnerzielung betriebene Tätigkeit.<sup>1099</sup> Auf diese allgemeine Definition stützt sich auch § 2 des Gewerbegesetzes, der das Gewerbe (*živnost*) zusätzlich zu den genannten Voraussetzungen als „unter den durch dieses Gesetz bestimmten Bedingungen“<sup>1100</sup> festlegt.

Hinsichtlich des „Berechtigungs“-Bestandteils des Unternehmensbegriffes oder –instituts wird in der tschechischen Literatur<sup>1101</sup> von zwei grundlegenden Konzeptionen von Zugangsregimen (*přístupový režim*) ausgegangen: dem „reglementierten“ Zugang einerseits, dem „liberalisierten“ Zugang andererseits.

Erstere Konzeption zeichnet sich durch intensive staatliche Intervention, verhältnismäßig strenge Bedingungen für die Entstehung und den Bestand der Berechtigung (*oprávnění*) zur Unternehmenstätigkeit aus, bei der der Nachweis der Erfüllung der vorgeschriebenen Bedingungen vor Entstehung der Berechtigung notwendig und die Entstehung dieser Berechtigung unmittelbar an das Ergebnis der Beurteilung der Erfüllung dieser Bedingungen

<sup>1096</sup> Průcha, Petr: *Živnostenské právo*, Edice učebnice č. 362 (Gewerberecht, Ausgabe Lehrbuch Nr. 362), Masarykova univerzita Právnická fakulta 2005, S. 7.

<sup>1097</sup> Hinsichtlich der Rechtssubjekte werden natürliche (fyzické) und juristische (právnícké) Personen unterschieden. Differenziert wird bei den diesen zukommenden Befähigungen oder Fähigkeiten (způsobilosti) zwischen der Rechtsfähigkeit (Befähigung des Subjekts zu Rechten und Pflichten (způsobilost subjektu k právům a povinnostem), d. h. subjektive Rechte (Berechtigungen) und rechtliche Verpflichtungen als Träger von Rechten und Pflichten haben zu können), Handlungsfähigkeit (Befähigung des Subjekts zu Rechtshandlungen (způsobilost subjektu k právním úkonům), d. h. mit eigenem Handeln im Einklang mit geltendem Recht, also eigenen Rechtshandlungen Rechtsverhältnisse, d. h. subjektive Rechte (Berechtigungen) bzw. rechtliche Verpflichtungen begründen, ändern oder aufheben) zu können und die Befähigung des Subjekts zu rechtswidrigen Handlungen (způsobilost subjektu k protiprávním úkonům), d. h. mit eigenem Handeln unter Verletzung des geltenden Rechts (delikt) rechtliche Verpflichtungen, gegebenenfalls Berechtigungen einbüßen zu können (vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 34 ff. mit zahlreichen Nachweisen auf das allgemeine Verwaltungsrecht auch für eine Verwaltungsrechtssubjektivität (správně právní subjektiva) juristischer Personen; bei Hendrych, D.: a. a. O., Rdnr. 348 findet sich hierfür insoweit „deliktní způsobilost“; vgl. allgemein im Hinblick auf zum Gewerbebetrieb berechnete Subjekten Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 5 S. 159 ff.).

<sup>1098</sup> Dies schließt auch den „Firmennamen“ im Sinne von §§ 8 ff. des HGB (Gesetz Nr. 513/1991 Slg.) mit ein.

<sup>1099</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 7 unter Verweis auf § 2 Absatz 1 des tschechischen HGB.

<sup>1100</sup> § 2 des Gewerbegesetzes lautet: „...“ („“).

<sup>1101</sup> Grundlegend Průcha, P.: a. a. O., S. 8 f.

durch das zuständige Staatsorgan genknüpft wird; die nachfolgende Kontrolle richtet sich dann auf die Einhaltung bzw. Wahrung der bei der Entstehung der Berechtigung überprüften oder bestimmten Bedingungen und weiter auf Einhaltung der damit zusammenhängenden Verpflichtungen.

Von dieser Grundkonzeption ging auch die Gewerbeordnung aus dem Jahr 1859 aus, deren Gültigkeit auf tschechoslowakischem Gebiet formal erst 1965 endete. Ihr folgen auch die gegenwärtige österreichische und deutsche Regelung.

Das zweite grundlegende Konzept ist durch minimale staatliche Einmischung in das „Bedingungsregime“ der Unternehmung charakterisiert, und zwar sowohl im Hinblick auf die Genauigkeit und Strenge der Bestimmungen als auch hinsichtlich der Verbindung ihres Nachweises mit der Tatsache der Entstehung der Berechtigung der konkreten Subjekte zur Unternehmung. Die Entstehung der Berechtigung ist folglich nicht unmittelbar an den Nachweis der Bedingungserfüllung gebunden. Die Bedingungen sind dann in der Regel solcher Natur, dass ihre Überprüfung erst durch die nachfolgende Kontrolle möglich ist. Diese Konzeption ist ausdrücklich an den Gesetzen des Marktmechanismus orientiert und dem damit verbundenen regulierenden Einfluss und der dadurch bewirkten „Auswahl“<sup>1102</sup>.

Realtypisch tragen Gewerberechtssysteme in der Regel Merkmale beider Grundkonzeptionen. In der tschechischen Theorie lassen sich verschiedene Gliederungen von Zugangsregimen oder ihrer Aspekte finden.<sup>1103</sup> A. Kohout und Eva Horzinkova differenzieren zwischen drei Zugangsregimen zur Entstehung der Berechtigung zur Unternehmung, sie sprechen vom Anmeldungs- (*ohlašovací*), Registrations- (*registrační*) und Konzessions- (*koncesní*) Regime.<sup>1104</sup> Josef Fiala betont eine Einteilung der gegenständlichen Zugangsregime in vier Gruppen, die er als die freie Ausübung der Unternehmung (*volný výkon podnikání*), Ankündigung oder Anmeldung (*opověď či ohlášení*), Registrierung (*registrace*), Erlaubnis oder Konzession (*povolení či koncese*) charakterisiert.<sup>1105</sup> Průcha hebt hinsichtlich der geltenden Regelung die Differenzierung in sog. Anmeldungs- (*ohlašovací*) und sog. konzessionierte (*koncesovaný*) Gewerbe hervor (§ 9 GewerbeG).<sup>1106</sup> Dieser Einteilung soll daher vorliegend gefolgt werden.

---

<sup>1102</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 9.

<sup>1103</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 10.

<sup>1104</sup> Kohout, A./Horzinková, Eva: Československý živnostenský zákon, Linde Praha 1991, S. 8, die diese als „Regime der Entstehung der Gewerbeberechtigung“ („režimy vzniku živnostenského oprávnění“) bezeichnen.

<sup>1105</sup> Fiala, Josef: Živnostenské právo, Masarykova univerzita Brno, Doplněk Brno 1993, S. 13.

<sup>1106</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 10.

Die gegenwärtige gewerberechtliche Regelung ist im bereits erwähnten Gewerbegesetz (Nr. 455/1991 Slg.)<sup>1107</sup> und im Gesetz des TNR Nr. 570/1991 Slg.<sup>1108</sup>, über die Gewerbebehörden<sup>1109</sup>, enthalten. Die gewerberechtliche Regelung selbst konnte im Zeitpunkt seiner Verabschiedung, mit Ausnahme des Gesetzes Nr. 105/1990 Slg., über das private Unternehmen der Bürger, in gewisser Richtung im Wesentlichen nicht unmittelbar an etwas anknüpfen. Die Regelung, die auf tschechoslowakischem Gebiet historisch in der Gestalt der Gewerbeordnung aus dem Jahr 1859 (ursprünglich das kaiserliche Patent Nr. 227/1859 Rslg.), später mehrfach geändert<sup>1110</sup>, galt, wurde vor dem Hintergrund ihrer rechtlichen und faktischen Begrenzung nach dem Jahr 1948 endgültig durch das Arbeitsgesetzbuch (Gesetz Nr. 65/1965 Slg.) mit Wirkung zum 1. Januar 1966 aufgehoben.<sup>1111</sup>

Dies war auch Folge der ab dem Jahr 1948 gegebenen verfassungsrechtlichen und infolgedessen auch gesetzlichen Präferenz des sog. gesellschaftlichen Eigentums zum Nachteil des Privateigentums, und den damit verbundenen Beschränkungen privatwirtschaftlicher Aktivitäten. Die Verfassungsregelung von 1960 ließ bereits nur auf persönlicher Arbeit begründete private Kleinwirtschaft zu und schloss die Ausbeutung fremder Arbeitskraft aus (vgl. den damaligen Art. 9). In der Praxis stellte in dieser Zeit das private Unternehmen dann eine Randerscheinung dar, und erhielt sich mehr als in den traditionell gewerblichen Bereichen weiter, und zwar vereinzelt, überwiegend nur im Bereich der privaten Bewirtschaftung durch Bauern.

In der Folgezeit kam dann die selbständige individuelle wirtschaftliche Tätigkeit noch in Betracht, und zwar wiederum vorerst ausnahmsweise, im Bereich der sog. Dienstleistungen. Objektiv brachte die Entwicklung der rechtlichen Regelung der Dienstleistungen in dieser Zeit eine allmähliche Verringerung der ursprünglich sehr strengen Beschränkungen mit sich und doch nur eine bestimmte Erweiterung der Möglichkeiten individueller Arbeitstätigkeit (was erst in Betracht kam nach den sog. Grundsätzen für die Gewährung einiger Dienste und Reparaturen durch Bürger aufgrund der

---

<sup>1107</sup> In neuester Fassung durch das Gesetz Nr. 315/2006 Slg.

<sup>1108</sup> In neuester Fassung durch das Gesetz Nr. 214/2006 Slg.

<sup>1109</sup> Vgl. zur Organisation der Gewerbeverwaltung Průcha, P.: a. a. O., S. 39 ff. Insbesondere werden nach der heute geltenden Regelung als Organe der staatlichen Gewerbeverwaltung das Gewerbeamt der Tschechischen Republik (Živnostenská úřad České republiky) (§ 5 des zitierten Gesetzes), die Kreisgewerbeämter (Krajské živnostenské úřady) (§ 3 des zitierten Gesetzes) sowie die allgemeinen Gewerbeämter (Obecné živnostenské úřady) (§ 2 des zitierten Gesetzes) unterschieden. Der Vollständigkeit halber sind noch die Wirtschaftskammern (hospodářské komory), Unternehmensverbände (podnikatelské svazy) und Vereinigungen (sdružení), die die Stellung von Rechtssubjekten mit Merkmalen der Berufs- oder Interessensselbstverwaltung und nur vereinzelt Berechtigungen inne haben und auch mit den Gewerbebehörden zusammenarbeiten (vgl. §§ 3 Absatz 1 lit. c und 5 Absatz 1 lit. f des zitierten Gesetzes), sowie die sog. Gewerbege nossenschaften (živnostenská společenstva), die die gemeinsamen Interessen zusammengeschlossener Unternehmer vertreten und unterstützen sowie zum ordnungsgemäßen Gewerbebetrieb beitragen (ein Beispiel gesetzlicher Erwähnung findet sich in § 22 Absatz 1 lit. f des Gewerbegesetzes) zu erwähnen.

<sup>1110</sup> Den abgeschlossenen Text dieser Gewerbeordnung damals lieferte ihre Bekanntmachung unter der Nr. 199/1907 Rslg., an die weitere Novellierungen anknüpften.

<sup>1111</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 11.

Erlaubnis des Nationalausschusses, angenommen durch Beschluss der Regierung vom 3.03.1965, deren Regime im Jahr 1982 durch das Regime der Bestimmung des § 489 a des novellierten Bürgerlichen Gesetzbuchs ersetzt wurde, daran knüpfte die Verordnung der Regierung der Tschechischen Republik Nr. 154/1982 Slg., über Dienstleistungen durch Bürger aufgrund der Erlaubnis des Nationalausschusses, an, dann wurde die Verordnung der Regierung der Tschechischen Republik Nr. 63/1984 Slg., über die Gewährung zeitweiliger Unterkunft im Privatleben mit Zustimmung des Nationalausschusses, angenommen, und nachfolgend kam es zu einem neuen Regime der Dienstleistungen durch Bürger durch die Verordnung der Regierung der Tschechischen Republik Nr. 1/1988 Slg., über den Verkauf von Waren und die Gewährung anderer Dienste durch Bürger aufgrund der Erlaubnis des Nationalausschusses), nichtsdestotrotz kam es zur erwünschten Öffnung des Zugangs zu individueller Unternehmung erst in den geänderten gesellschaftlichen Bedingungen nach der Jahreswende 1989/90.

Das fand seinen konkreten rechtlichen Ausdruck, im Kontext bedingender und zusammenhängender Rechtsänderungen (vor allem die Bestimmung des Gesetzes Nr. 100/1990 Slg., durch das die Bestimmungen des Gesetzes Nr. 100/1960 Slg. geändert und ergänzt werden, die Verfassung der Tschechoslowakischen Sozialistischen Republik und die Bestimmungen des Gesetzes Nr. 143/1968 Slg., über die Tschechoslowakische Föderation, und weiter das Gesetz Nr. 103/1990 Slg., durch das das Wirtschaftsgesetzbuch geändert und ergänzt wird), erst in dem bereits erwähnten Gesetz Nr. 105/1990 Slg., das in kurzer Zeit durch das heute gültige Gesetz Nr. 455/1991 Slg., über das gewerbliche Unternehmen (Gewerbegesetz), aufgehoben und ersetzt wurde, welches die „Revitalisierung“ des gewerblichen Unternehmens im traditionellen Sinn mit sich brachte.<sup>1112</sup>

Die gegenwärtige Regelung griff sowohl auf die erwähnte historische Gewerbeordnung zurück, ließ sich aber auch von Erkenntnissen entsprechender aktueller ausländischer Regelungen, vor allem der österreichischen und deutschen inspirieren.<sup>1113</sup> Trotz des objektiven Bedürfnisses bestimmter unifikatorischer Bestrebungen im Hinblick auf die „Rechtsordnungen der europäischen Staaten“<sup>1114</sup> musste die Regelung den eigenen realen Bedürfnissen sowie der Systematik der Rechtsordnung angepasst werden.<sup>1115</sup> Nach dem Untergang der tschechoslowakischen Föderation und der Entstehung der Nachfolgestaaten (durch Dismembration) wurde das föderative Gewerbegesetz in die Rechtsordnung der

---

<sup>1112</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 11 f. Fn. 9.

<sup>1113</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 12.

<sup>1114</sup> Kohout, A.: Srovnávací studie úpravy vybraných otázek živnostenského práva v zákonodárství ČSFR, Rakouska a některých členských států Evropských společenství a v komunitárním právu (*Vergleichende Studie der Regelung ausgewählter Fragen des Gewerberechts in der Gesetzgebung der ČSFR*), Studie a informace Nr. 20, Prag Dezember 1991/Januar 1992, S. 20 ff.

<sup>1115</sup> Vgl. auch Průcha, P.: a. a. O., S. 12.

Tschechischen Republik durch die Bestimmungen des Gesetzes des TNR Nr. 4/1993 Slg. aufgenommen, genauso das Gesetz über die Gewerbeämter.

Mit der verfassungsrechtlichen Verankerung in Art. 26 Abs. 1 der Urkunde als „Recht zu unternehmen“ („*právo podnikat*“) hängt die verfassungsrechtliche Behandlung der sog. Gebundenheit (*vázanost*) subjektiver Rechte durch das Gesetz zusammen, das den Raum für die Geltendmachung von Rechten und Freiheiten natürlicher und juristischer Personen einerseits definiert, gleichzeitig den Raum für die Geltendmachung der staatlichen Gewalt andererseits begrenzt, wie es in Art. 2 der Verfassung und Art. 2 der Urkunde vorgesehen ist.<sup>1116</sup>

Das Gewerbegesetz und das Gesetz über die Gewerbeämter blieben seit ihrem Inkrafttreten am 1. Januar 1992 nicht ohne Änderungen. Allein das Gewerbegesetz wurde bis 1. Mai 2005 74mal novelliert, was im Durchschnitt fünf bis sechs Novellierungen jährlich ausmacht.<sup>1117</sup> Die Mehrzahl der Novellierungen des Gewerbegesetzes hatte ihrer Natur nach immer nur teilweisen Einschlag und brachte keine wesentlicheren Änderungen der Konzeption der gewerberechtlichen Regelung.<sup>1118</sup> Grundlegende Änderungen mit der Folge einer Liberalisierung<sup>1119</sup> brachte erst das Gesetz Nr. 286/1995 Slg., durch das sowohl das Gewerbegesetz als auch das Gesetz über die Gewerbeämter novelliert wurden. Zu den wichtigsten Änderungen gehörte die Einführung des sog. Industriegewerbebetriebs (*tzv. průmyslové provozování živnosti*), Änderungen beim Institut des sog. verantwortlichen Vertreters (*tzv. odpovědný zástupce*)<sup>1120</sup>, einige Änderungen im Regime der Errichtung von Betriebsstätten, einige Verschiebungen zwischen den Gewerbegruppen, Änderungen in den Anforderungen an den Nachweis der absolvierten Praxis und damit zusammenhängende Änderungen in den Beilagen (*přílohy*) zum Gewerbegesetz, weiter einige Änderungen in der Konzeption der Funktionen des Gewerberegisters (*živnostenský rejstřík*), neu eingegliederte Bestimmungen über Kontrolltätigkeiten, Änderungen der Regelung der Verantwortlichkeit der Unternehmer, die sich unmittelbar aus dem Gewerbegesetz ergibt. Hinsichtlich des

---

<sup>1116</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 12.

<sup>1117</sup> Auch bis heute sind noch zahlreiche Änderungen hinzugetreten.

<sup>1118</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 13. Es handelte sich insgesamt um Aus- und Einschlüsse aus bzw. in den Anwendungsbereich des Gewerbegesetzes.

<sup>1119</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 13; Nesnídal, J.: Usnadit přístup k podnikání, Ekonom Nr. 47/1995, S. 7.

<sup>1120</sup> Vgl. dazu ausführlich Průcha, P.: a. a. O., S. 68 ff. Der sog. verantwortliche Vertreter kommt dabei für natürliche Personen auch fakultativ in Betracht (Richter, J.: Odpovědný zástupce, Právní rádce, Nr. 4/1993, S. 39). In der Literatur wird auch die Möglichkeit mehrerer sog. verantwortlicher Vertreter angenommen (Marčánová, J.: Živnostenské oprávnění, živnostenský list, Obchodní právo Nr. 3/1992, S. 18).

Gesetzes über die Gewerbeämter kam es vor allem zur Präzisierung und Verschiebung einiger Zuständigkeitsbereiche (*pravomoci*) der Gewerbeämter.<sup>1121</sup>

Eine Verstärkung des Regimes des gewerblichen Unternehmens brachte das Gesetz Nr. 356/1999 Slg., das unter Anderem die Bedingungen für das Unternehmen ausländischer Personen<sup>1122</sup> präziserte, bei ausgewählten Gewerbebereichen das Erfordernis nach Sicherung ihrer Ausübung durch fachlich befähigte Personen (*odborně způsobilé osoby*) bestimmte, die Anforderungen an die Position des verantwortlichen Vertreters erhöhte, Erfordernisse an die Kennzeichnung der Betriebsstätten festlegte, die Pflicht der Unternehmer bei eigener Gewerbeausübung, z. B. einschließlich der Verpflichtung zur Ausgabe von Belegen über den Verkauf von Waren, verschärfte.

Erwähnenswert erscheint noch die in letzter Zeit wichtigste Novellierung des Gewerbegesetzes durch das Gesetz Nr. 167/2004 Slg. (die sog. „Euronovelle“), die die Bedingungen des Zugangs zur Gewerbeberechtigung von Bürgern der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU<sup>1123</sup>) und gleichfalls der Staatangehörigen anderer Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR)<sup>1124</sup> sowie Bürgern der Schweizer Konföderation mit den Bedingungen vereinheitlicht, die für tschechische Bürger mit Wohnsitz in Tschechien gelten.

Diese Novelle hatte vor allem den Sinn, für die Zeit nach dem Beitritt der Tschechischen Republik einen solchen Zustand zu schaffen, in dem Bürger der Mitgliedstaaten der EU in der Tschechischen Republik nicht strengeren Bedingungen der Unternehmung unterliegen sollten als Bürger der Tschechischen Republik. Einige Bedingungen des gewerblichen Unternehmens waren für Bürger der EU mit den Bedingungen für tschechische Bürger zwar bereits zuvor vergleichbar geregelt, nichtsdestotrotz fand durch die Euronovelle eine notwendige Ausweitung statt.<sup>1125</sup>

Entsprechend brachte die Novellierung auch einige Vereinfachungen im gewerberechtlichen Regime ausländischer juristischer Personen (*zahraniční právnické osoby*) für juristische Personen mit Sitz im Gebiet eines Mitgliedstaats der EU sowie anderer oben genannten (Vertrags-)Staaten.<sup>1126</sup>

---

<sup>1121</sup> Zu diesen Gesetzesänderungen vgl. auch Staša, Josef/Srbová, Irena: Zákon o živnostenském podnikání (živnostenský zákon) a předpisy související. Komentář, 4. ergänzte und überarbeitete Auflage, C. H. Beck Praha 2005, S. X

<sup>1122</sup> Vgl. ausführlich zu ausländischen Personen im Gewerberecht Průcha, P.: a. a. O., S. 49 ff.

<sup>1123</sup> Evropská unie (EU).

<sup>1124</sup> Dohoda o Evropském hospodářském prostoru (EHP).

<sup>1125</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 14 f. Fn. 15.

<sup>1126</sup> Vgl. § 70 (i. V. m. § 69 a) des Gewerbegesetzes.

An das Gewerbegesetz in Verbindung mit dem Gesetz über die Gewerbeämter knüpfen einige nicht unbedeutende Ausführungsvorschriften an, namentlich Regierungsverordnungen (*nařízení vlády*), durch die das Verzeichnis der Bereiche der freien Gewerbe (*živností volná*)<sup>1127</sup>, inhaltlich vollständig einzelne Gewerbe<sup>1128</sup> und das Verzeichnis von Gewerben bestimmen, deren Ausübung der Unternehmer durch die fachliche Befähigung erfüllende natürliche Personen sicherzustellen verpflichtet ist<sup>1129</sup>.

Zusammenfassend regelt das Gewerbegesetz die Bedingungen des Unternehmens und die Kontrolle ihrer Einhaltung, das Gesetz über die Gewerbebehörden – insoweit mit Ergänzungsfunktion - die Bestimmung der Organisation der Gewerbebehörden mit den ihnen zugeordneten Wirkungs- (*působnosti*)<sup>1130</sup> und Kompetenzbereichen (*pravomoci*)<sup>1131</sup>. Als verwaltungsrechtliche Vorschrift regelt das Gewerbegesetz konkret die rechtlichen Beziehungen zwischen den Verwaltungsorganen (Gewerbebehörden) und den sich um eine Berechtigung zum Betreiben eines Gewerbes bewerbenden Subjekten, auch bei eigenem Betreiben, und schließlich bei Änderung und Erlöschen der Gewerbeberechtigung (*živnostenské oprávnění*). Insoweit überwiegt gewerbegesetzlich inhaltlich die materiellrechtliche Seite die prozessrechtliche deutlich. Inhalt der materiellrechtlichen Beziehungen sind Berechtigungen und Verpflichtungen der Subjekte, die nicht immer nur aufgrund von Entscheidungen der zuständigen Organe entstehen, sondern auch in einer Reihe an entsprechende Rechtstatsachen gebundener Fälle direkt aufgrund gegebener verwaltungsrechtlicher Normen.

Prozessrechtliche Bestimmungen sind eher vereinzelt, darüber hinaus bestimmt das Gewerbegesetz ausdrücklich die subsidiäre Anwendbarkeit der VwO (§ 71 des Gewerbegesetzes). Dabei wurde bereits das kaiserliche Patent Nr. 227/1859 Rslg. trotz seines in erheblichen Maße materiellrechtlichen Inhalts als „Ordnung“ (*řád*) bezeichnet, was unter gegenwärtigen Gepflogenheiten eine prozessrechtliche Ausrichtung der Vorschrift signalisiert. Auch für das heutige Gewerbegesetz wurde entsprechend dem historischen Vorbild die

---

<sup>1127</sup> Regierungsverordnung Nr. 140/2000 Slg. in der Fassung der Regierungsverordnungen Nr. 468/2000 Slg. und Nr. 492/2004 Slg.

<sup>1128</sup> Regierungsverordnung Nr. 469/2000 Slg. in der Fassung der Regierungsverordnungen Nr. 491/2004 Slg.

<sup>1129</sup> Regierungsverordnung Nr. 209/2001 Slg.

<sup>1130</sup> Der Wirkungsbereich des Verwaltungsorgans bezeichnet den Gegenstand, Inhalt und Umfang seiner Tätigkeit, d. h. den Kreis der Fragen, die das Verwaltungsorgan behandelt, entscheidet und realisiert sowie deren Lösungen es entspricht; dabei wird der örtliche (*územní*) und der sachliche (*věcný*) Wirkungsbereich unterschieden (vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 34).

<sup>1131</sup> Unter Kompetenz des Verwaltungsorgans wird die Zusammenfassung der Berechtigungen, mit denen das Verwaltungsorgan ausgestattet ist, und der rechtlichen Pflichten, die ihm auferlegt sind, verstanden, d. h. die Summe der Rechte und Pflichten, die das Verwaltungsorgan zum Zweck seiner Aufgabenerfüllung und Lösung zusammenhängender Fragen benötigt (vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 34). Zur Abgrenzung von der Zuständigkeit vgl. oben.



Bezeichnung „Gewerbeordnung“ („*živnostenský řád*“) erwogen, jedoch wegen des materiellrechtlichen Übergewichts letztlich wieder fallen gelassen.<sup>1132</sup>

Der Begriff des Gewerbes (*živnost*) ist der obigen Definition des gewerblichen Unternehmens zu entnehmen (§ 2 des Gewerbegesetzes)<sup>1133</sup>. Bereits das erste Begriffsmerkmal der „planmäßigen Tätigkeit“ („*činnost soustavná*“) stellt dabei einen sog. unbestimmten Rechtsbegriff dar, dessen Inhalt aus dem Zusammenhang und Zweck der rechtlichen Regelung abzuleiten ist. Unter dem Erfordernis der Planmäßigkeit wird das Erfordernis einer bestimmten Dauer, Beständigkeit, Wiederholbarkeit und in gewissem Maße offenbar auch Regelmäßigkeit dieser Tätigkeit im Unterschied zu Tätigkeiten und Verrichtungen einmaligen und gelegentlichen Charakters verstanden.<sup>1134</sup> Das Merkmal „selbständig“ („*samostatný*“) bezieht sich auf die Stellung der Subjekte dieser Tätigkeit als unabhängige einzelne Subjekte, die die eigene Gewerbeberechtigung selbst und zwar mit allen einschlägigen individualisierenden Rechten und Pflichten verwirklichen.<sup>1135</sup> Formaler Ausdruck dieser Selbständigkeit bedeutet dabei im „eigenen Namen“ („*vlastním jménem*“), Folge derselben „auf eigene Verantwortung“ („*na vlastní odpovědnost*“).<sup>1136</sup> „Zum Zweck der Gewinnerzielung“ („*za účelem dosažení zisku*“) bedeutet, dass bei der gegebenen Tätigkeit die Erzielung von Gewinn objektiv in Betracht kommt<sup>1137</sup>, zumindest gewollt ist<sup>1138</sup>. In der Theorie wird betont, dass es sich um eine gesetzlich erlaubte Tätigkeit handeln muss<sup>1139</sup>, gesetzlich ergibt sich dies bereits aus § 2 des Gewerbegesetzes aus der Formulierung „und unter den durch dieses Gesetz bestimmten Bedingungen“ („*za podmínek stanovených tímto zákonem*“)<sup>1140</sup>.

Für die Bestimmung des Umfangs des Wirkungsbereichs des Gewerbegesetzes werden neben der positiven Definition zahlreiche unternehmerische Aktivitäten aus dem Wirkungsbereich ausgeschlossen. In § 3 des GewerbeG findet sich unter Verweis auf spezielle rechtliche Regelungen ein Ausschlusskatalog von Unternehmenstätigkeiten, die nicht dem Gewerbebegriff unterliegen (z. B. das Bank- und Versicherungswesen, die Börse, aber auch

<sup>1132</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 16 Fn. 18.

<sup>1133</sup> Die Gewerbeordnung aus dem Jahr 1859 definierte das Gewerbebegriff selbst nicht.

<sup>1134</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 18.

<sup>1135</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 18.

<sup>1136</sup> Vgl. Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., B. Kommentar, § 2 c) und d), S. 135 f.

<sup>1137</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 18.

<sup>1138</sup> Vgl. dazu Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., B. Kommentar, § 2 e), S. 136.

<sup>1139</sup> Vgl. Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., B. Kommentar, § 2, S. 136.

<sup>1140</sup> Näher dazu vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 18 f.

die sog. „freien Berufe“ sowie die Elektrizitätserzeugung und neuerdings der Bereich der elektronischen Kommunikation)<sup>1141</sup>.

Gewerbe lassen sich nach einer Reihe differenzierender Kriterien in Arten oder Kategorien, einschlägige Gruppen und gegebenenfalls Untergruppen einteilen.<sup>1142</sup> Rechtsdogmatisch grundlegend ist aber eine Gliederung der Gewerbe nach den Unterschieden im Zugangsregime zur Berechtigung, gewerblich zu unternehmen.<sup>1143</sup> Es werden insoweit grundsätzlich zwei rechtliche Zugangsregime unterschieden: das sog. Anmeldungsgewerbe (*tzv. živnost ohlašovací*) und das sog. konzessionierte Gewerbe (*tzv. živnost koncesovaná*).<sup>1144</sup> Anmeldungsgewerbe, die die Erfüllung anspruchsvoller und strenger sog. besonderer Bedingungen des Gewerbebetriebs nicht erfordern, lassen sich wiederum in freie (*volné*)<sup>1145</sup>, handwerkliche (*řemeslné*)<sup>1146</sup> und gebundene (*vázané*)<sup>1147</sup> Gewerbe einteilen. Für die Ausübung dieser Gewerbe ist neben sog. allgemeinen und gegebenenfalls sog. besonderen Bedingungen der über die Anmeldung zu bekundende Wille des Subjekts entscheidend. Die konzessionierten Gewerbe sind nicht personen-, sondern tätigkeitsbezogen und erfordern neben sog. allgemeinen die Erfüllung strengster sog. besonderer Bedingungen des Gewerbebetriebs<sup>1148</sup>. Entscheidend für die Entstehung der Gewerbeberechtigung ist die Erlaubnis (*povolení*) der Gewerbebehörde in Form der sog. Konzession (*koncese*).

Bis ins erste Drittel des Jahres 2004 wurden außerdem die Gewerbe nach dem Gegenstand der Unternehmung bzw. dem Umfang der Gewerbeberechtigung in Handels- (*obchodní*), Herstellungs- (*výrobní*) und Dienstleistungs- (*poskytující*) Gewerbe unterschieden. Diese Einteilung findet zwar nunmehr keine ausdrückliche Bezeichnungsverwendung mehr in der rechtlichen Regelung, kann aber weiterhin Orientierungsbedeutung insbesondere hinsichtlich des Umfangs der Berechtigung (vgl. § 34 des Gewerbegesetzes) haben.<sup>1149</sup>

Allgemeiner lässt sich auch eine Gewerbeeinteilung nach der Weise des Gewerbebetriebs in eine „gewöhnlich“ („*běžný*“) und industriell (*průmyslovým*) betriebene Weise vornehmen.

<sup>1141</sup> Auf diesen Katalog beziehen sich die meisten Novellierungen des Gewerbegesetzes.

<sup>1142</sup> Průcha, Pavel: *Živnostenské oprávnění*, Praha 1997, S. 32 ff.

<sup>1143</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 23.

<sup>1144</sup> Eine – insoweit „veraltete“ – Einführung in deutscher Sprache gibt Bohata, Petr: Die Gewerbeordnung in den Nachfolgestaaten der CSFR, JOR 1993, 25.

<sup>1145</sup> Verordnung der Regierung Nr. 140/2000 Slg., durch die das Verzeichnis der Bereiche der freien Gewerbe bestimmt wird, in der Fassung der Verordnung der Regierung Nr. 324/2006 Slg.

<sup>1146</sup> Beilage Nr. 1 zum Gesetz Nr. 455/1991 Slg. (Příloha č. 1 k zákon č. 455/1991 Sb.).

<sup>1147</sup> Beilage Nr. 2 zum Gesetz Nr. 455/1991 Slg. (Příloha č. 2 k zákon č. 455/1991 Sb.).

<sup>1148</sup> Beilage Nr. 3 zum Gesetz Nr. 455/1991 Slg. (Příloha č. 3 k zákon č. 455/1991 Sb.).

<sup>1149</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 24 f.

Den Gewerben in industriell betriebener Weise führte erst die Novelle des Gewerbegesetzes durch das Gesetz Nr. 286/1995 Slg. ein, im Wesentlichen als Reaktion auf das Fehlen einer entsprechenden Lösung, die auch das historische Vorbild der Gewerbeordnung aus dem Jahr 1859 kannte, allerdings erst in der Fassung der Änderungen und Ergänzungen aus dem Jahr 1883 in Form des sog. „fabrikweisen“ („*po továrnicku*“) Gewerbebetriebs, auch wenn die eigentliche Definition dieses Gewerbebetriebs durch die Gewerbeordnung nicht gegeben wurde.<sup>1150</sup>

Das Gewerbegesetz behandelt dabei ausdrücklich nur den Gewerbebetrieb in industrieller Weise, an es spezifische Anforderungen stellt (vgl. § 7a des Gewerbegesetzes). Das Wesen des Gewerbebetriebs in industrieller Weise ist darin zu sehen, dass die Berechtigung, das Gewerbe in dieser Weise in diesem Umfang zu betreiben, die teilweise selbständigen, aus Sicht des industriellen Gewerbebetriebs aber miteinander zusammenhängenden Gewerbeberechtigungen einschließlich des ihnen eigenen Umfangs (nach den Regeln für Handels-, Herstellungs- und Dienstleistungsgewerbe)<sup>1151</sup> umfasst bzw. überdeckt. Als „zusammengefasstes Gewerbe“<sup>1152</sup> geht es dabei also primär nicht um eine besondere Gewerbeart, sondern nur um eine besondere Weise des Gewerbebetriebs.<sup>1153</sup>

Ergänzend ist anzumerken, dass Gewerbe mittelbar durch den sog. verantwortlichen Vertreter (*tzv. odpovědný zástupce*) (§ 11 des Gewerbegesetzes) oder ohne denselben betrieben werden können.

Die angeführten Betriebsweisen kommen sowohl bei Anmeldungs- als auch konzessionierten Gewerbe in Betracht.

Die vorgestellten Gliederungen und Einteilungen haben unmittelbar Bedeutung sowohl für das Verfahren der Entstehung und Änderung der Gewerbeberechtigung.

Entsprechende Einteilungen der Gewerbe kannte auch die historische Regelung, die überdies auch eine Einteilung der Gewerbe in sog. Real- (*reální*) (als nicht an die konkrete Person gebundene) und sog. Personen- (*osobní*) (als an die konkrete Person gebundene) Gewerbe hinzuzog. Gegenständliche Gewerbeeinteilungen waren teilweise aus dem sog. Anführungs- und Konzessionspatent zur Gewerbeordnung sowie teilweise aus deren eigenem Text ableitbar.<sup>1154</sup>

---

<sup>1150</sup> Pošvář, J.: a. a. O., S. 39.

<sup>1151</sup> Vgl. zur Verdeutlichung des Unterschieds Průcha, P.: a. a. O., S. 27.

<sup>1152</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 27. Das Industriegewerbe kann sowohl als Anmeldungsgewerbe als auch als konzessioniertes Gewerbe betrieben werden.

<sup>1153</sup> Vgl. Kroupa, P.: Novelizace zákona o živnostenském podnikání, Inform-bulletin MH Nr. 6/1995, S. 71 verwendet den Begriff „zusammengefasste Gewerbeberechtigung“ („souhrnné živnostenské oprávnění“).

<sup>1154</sup> Vgl. Soukop, E.: Živnostenský řád v praxi, Brno 1931, S. 2 ff.

## a) Gewerbeberechtigung

### aa) Entstehungsvoraussetzungen

Die Gewerbeberechtigung bzw. gewerbliche Berechtigung (*živnostenské oprávnění*) ist als Ausdruck des objektiven Gewerberechts ihrem Wesen nach ein subjektives Recht öffentlich-rechtlicher Natur, d. h. ein öffentliches subjektives Recht in der Gestalt der Berechtigung, ein bestimmtes konkretes Gewerbe zu betreiben.<sup>1155</sup> Diese Charakterisierung der Gewerbeberechtigung hat entscheidende Bedeutung für das sog. Zugangsregime zur Gewerbeberechtigung.

Das öffentliche Recht als Normenkomplex wird überwiegend durch sog. autoritative Anwendung des Organs der öffentlichen Gewalt, gegebenenfalls autoritative Akzeptanz verwirklicht, nur ausnahmsweise kommt eine sog. unmittelbare Realisierung durch den Träger des subjektiven Rechts in Betracht, bei dem auch diese Verwirklichung im Wesentlichen immer einer gewissen Form des Zwangs oder der Kontrolle durch die Kompetenz des Organs der öffentlichen Gewalt unterliegt.<sup>1156</sup>

Zur Entstehung der Gewerbeberechtigung kommt es infolge der Begründung einer materiell-rechtlichen Beziehung zwischen dem Unternehmer bzw. der um die gegenständliche Berechtigung ersuchenden Person und der Gewerbebehörde, in prozeduraler Abhängigkeit vom gewählten Zugangsregime zur Entstehung der Gewerbeberechtigung. Das rechtliche Regime der Entstehung der Gewerbeberechtigung hängt hinsichtlich seiner Unterschiedlichkeit mit der Einteilung der Gewerbe in entsprechende Kategorien oder Gruppen zusammen und ist nicht Ausdruck der materiell-rechtlichen Voraussetzungen, die sich vielmehr als Folge aus der erwähnte prozeduralen Unterschiedlichkeit ergeben.<sup>1157</sup> Danach lassen sich nach der geltenden Regelung zwei die Entstehung der Gewerbeberechtigung und den Inhalt der einschlägigen materiell-rechtlichen Beziehung bewirkende Regime unterscheiden, nämlich – wie oben nach *Pošvár* allgemein bereits aufgezeigt – entweder den durch die zuständige Gewerbebehörde akzeptierten (deklaratorischen) Akt der Anmeldung durch den potentiellen Unternehmer oder die konstitutive Entscheidung der zuständigen Gewerbebehörde über die Erteilung der Konzession mit Wirkung der Rechtskraft.

---

<sup>1155</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 53 f; Dědič, J.: K některým otázkám právní úpravy podnikání v živnostenském zákoně, *Právo a zákonost*, 1/1992, S. 17 ff.

<sup>1156</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 54.

<sup>1157</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 55.

Für beide Regime müssen jedenfalls die sog. allgemeinen Bedingungen zum Betreiben des Gewerbes erfüllt werden, während sich die Lage bei den sog. besonderen Bedingungen bereits differenziert darstellt.

Die sog. allgemeinen (*všeobecné*) und die sog. besonderen (*zvláštní*) Bedingungen (*podmínky*) gelten nicht nur für die Entstehung der Berechtigung, sondern sind auch während des Gewerbebetriebs einzuhalten.

Das NSS führt dazu im Hinblick auf die gewerberechtliche Unbescholtenheit (*bezúhonnost*) aus:

„Dem Erfordernis der Unbescholtenheit als allgemeine Bedingung des Betriebens des Gewerbes nach § 6 Abs. 1 lit. c) des Gesetzes Nr. 455/1991 Slg., über das gewerbliche Unternehmen (Gewerbegesetz), muss die natürliche Person während der ganzen Zeit des gewerblichen Unternehmens entsprechen, nicht nur bei seinem Beginn.“<sup>1158</sup>

Die allgemeinen Bedingungen sind dabei absolut, d. h. müssen immer erfüllt werden, die besonderen sind relativer Natur, kommen nicht bei allen Arten der gewerblichen Unternehmen in Betracht und müssen auch nicht in der Person des Unternehmers selbst – die Gewährleistung durch den sog. verantwortlichen Vertreter ist ausreichend – vorliegen. Die Erfüllung der gegenständlichen Bedingungen wird immer in Bezug auf die bestimmte konkrete natürliche Person oder den Vertreter der juristischen Person gefordert.<sup>1159</sup>

Das Gewerbegesetz nennt in der Bestimmung des § 6 folgende allgemeinen Bedingungen: a) das Erreichen des Alters von 18 Jahren (*dosažení věku 18 let*), b) die Handlungsfähigkeit der gegebenen Person (*způsobilost dané osoby k právním úkonům*), c) die Unbescholtenheit (*bezúhonnost*) sowie d) bis f) das Fehlen bestimmter steuer- und versicherungsrechtlicher Zahlungsrückstände.<sup>1160</sup>

Unter Unbescholtenheit wird dabei im Wesentlichen die Strafflosigkeit<sup>1161</sup> nach dem Strafrecht verstanden (vgl. § 6 Absatz 2 des Gewerbegesetzes), also bei rechtskräftiger Verurteilung des Bewerbers wegen a) vorsätzlicher Straftat zu unbedingter Freiheitsstrafe der Dauer von wenigstens einem Jahr und wegen b) vorsätzlich oder c) fahrlässig begangener, mit dem Gegenstand des Unternehmens zusammenhängender Straftat. Hintergrund der Regelung

<sup>1158</sup> Urteil des NSS vom 28.08.2003, Gz. 5 A 11/2002-33.

<sup>1159</sup> Vgl. Staša, Josef: Podmínky provozování živnosti, Právní rádce, Nr. 5/1995, S. 41 ff.

<sup>1160</sup> Vgl. zu den Bedingungen im Einzelnen Průcha, P.: a. a. O., S. 57 ff., für die letzteren drei Merkmale jedoch insoweit veraltet.

<sup>1161</sup> Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 6, zu Abs. 2, sprechen von „trestní zachovalost“ („straflicher Unbescholtenheit“).

ist, dass die Berechtigung zur gewerblichen Unternehmung nur für die Personen begründet werden soll, die Gewährleistungen dafür bieten, dass das von ihnen betriebene gewerbliche Unternehmen im Einklang mit den Interessen der Gesellschaft bzw. des Staates einschließlich des Schutzes der Rechte anderer Unternehmer und der Kunden bzw. Verbraucher realisiert wird.<sup>1162</sup>

In der Zeit zwischen 1996 und 2000 schrieb die damals gültige rechtliche Regelung bei konzessionierten Gewerben unter den allgemeinen Bedingungen die Bedingung der sog. „Zuverlässigkeit“ („*spolehlivost*“) (vgl. die damalige Bestimmung des § 27 Absatz 2 des Gewerbegesetzes) vor. In der vorangehenden Zeit bis zum 1. Januar 1996 bestimmte die gewerberechtliche Regelung mit dem Erfordernis der „Zuverlässigkeit“ bei den konzessionierten Gewerben nicht eine allgemeine, sondern eine besondere Bedingung. Aus diesen Zeitabschnitten rühren also die Entscheidungen der Rechtsprechung über das Kriterium der Zuverlässigkeit.

Nur für bestimmte Gewerbe<sup>1163</sup> einschlägig sind die sog. besonderen Bedingungen, die eine fachliche oder andere Befähigung (*odborná nebo jiná způsobilost*) als berufliche und andere qualitative Voraussetzungen erfordern (vgl. § 7 des Gewerbegesetzes).

Eine nachträgliche Änderung oder Ergänzung der Anforderungen an die fachliche Befähigung nach der Entstehung der Gewerbeberechtigung macht aber den Praxisnachweis bei Unternehmer und Personen mit verantwortlichem Vertreter hinsichtlich des betreffenden Gewerbes bei bereits vorheriger Gewerbeausübung nicht erforderlich.<sup>1164</sup>

Bei den freien Anmeldungsgewerben (*živnosti ohlašovací volné*) – also den Anmeldungsgewerben in Form der sog. freien Gewerbe – ist der Nachweis einer fachlichen oder anderen Befähigung nicht erforderlich (vgl. § 25 des Gewerbegesetzes), bei allen anderen Gewerbearten ist der Nachweisinhalt grundsätzlich direkt oder mittelbar vorgeschrieben.

Aus § 19 lit. c des Gewerbegesetzes ergibt sich jedoch kein zwingender Ausschluss des Erfordernisses einer fachlichen Befähigung für die sog. freien Gewerbe. Dieser Widerspruch ist dahin aufzulösen, dass in § 7 Abs. 1 des Gewerbegesetzes bestimmt ist, dass auch besondere

---

<sup>1162</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 59.

<sup>1163</sup> So z. B. nicht für einige traditionelle Handwerksberufe oder vor allem die sog. freien Gewerbe.

<sup>1164</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 61 mit weiteren Ausführung zur Nachweisproblematik einschließlich unter Bezugnahme der Verordnung der Regierung Nr. 209/2001 Slg. und unter Verweis auf die die besonderen Bedingungen oftmals noch auf die fachliche Qualifikation reduzierende Praxis.

Vorschriften sog. besondere Bedingungen (z. B. Hygiene-, Sicherheitserfordernisse etc. nach dem Gesetz Nr. 258/2000 Slg., über den Schutz der öffentlichen Gesundheit) für diese Gewerbe vorschreiben können. Diese Erfordernisse haben aber den Charakter zumindest einer sog. anderen Befähigung. Trotzdem ist damit nach der gewerberechtlichen Regelung für die Entstehung des subjektiven Rechts die Erfüllung dieser gegebenenfalls sog. besonderen Bedingungen aus Sondervorschriften nicht erforderlich.<sup>1165</sup>

Für die sog. handwerklichen Anmeldungsgewerben ergeben sich die Erfordernisse für den Nachweis der fachlichen Befähigung grundsätzlich aus § 21 des Gewerbegesetzes unter ausdrücklichem Verweis auf andere Vorschriften, da in der Beilage Nr. 1 zum Gewerbegesetz nichts Anderes bestimmt ist.

Nach § 24 des Gewerbegesetzes werden besondere Bedingungen für die sog. gebundenen Anmeldungsgewerbe als fachliche Befähigung<sup>1166</sup> durch in der Beilage Nr. 2 zum Gewerbegesetz angeführte besondere Vorschriften oder durch die Beilage selbst geregelt.

Für die sog. konzessionierten Gewerbe werden besondere Bedingungen nach § 27 des Gewerbegesetzes ebenfalls als fachliche Befähigung<sup>1167</sup> durch in der Beilage Nr. 3 zum Gewerbegesetz angeführte besondere Vorschriften oder durch die Beilage selbst vorgeschrieben.<sup>1168</sup>

Insbesondere von praktischer Bedeutung sind auch die sog. Hindernisse des Betreibens eines Gewerbes (*překážky provozování živnosti*) nach § 8 des Gewerbegesetzes (z. B. ein Tätigkeitsverbot als sog. absolutes Hindernis<sup>1169</sup>), die sowohl bei der Entstehung der Gewerbeberechtigung als auch im Verlauf<sup>1170</sup> der Ausübung der gewerblichen Unternehmung zu berücksichtigen sind.<sup>1171</sup>

---

<sup>1165</sup> Vgl. ausführlich unter Aufdeckung der Entstehung des Mangels dieser Gesetzestechnik Průcha, P.: a. a. O., S. 62, der eine diesbezügliche korrigierende Novellierung zugunsten der Festschreibung dieser Erfordernisse anmahnt.

<sup>1166</sup> Vgl. zu diesem Formulierungsmangel, da auch Nachweiserfordernisse für sog. andere Befähigungen in der Beilage Nr. 2 aufgeführt werden, dass insoweit § 19 des Gewerbegesetzes mit der Formulierung ohne Einschränkung maßgebend ist, Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 24, zu Abs. 1, S. 220; dazu auch Průcha, P.: a. a. O., S. 65.

<sup>1167</sup> Bei den Nachweiserfordernissen in der Beilage Nr. 3 werden insoweit ausdrücklich sog. fachliche und sog. andere Befähigungen aufgeführt, die Formulierung „weitere Bedingungen“ in § 27 des Gewerbegesetzes selbst bezieht sich nur auf die durch die Gewerbebehörde auferlegten oder geänderten (vgl. § 27 Absatz 3) (Průcha, P.: a. a. O., S. 66); klarstellend auch Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 27, zu Abs. 1, S. 223, dass es nicht um sog. fachliche Befähigung gehen muss (unter Verweis auf § 7 Absatz 1 des Gewerbegesetzes).

<sup>1168</sup> Ergänzend ist im Hinblick auf die fachliche Befähigung jeweils auf die Neuerungen durch das Gesetz Nr. 18/2004 Slg. im Zuge des Beitritts zur EU hinzuweisen.

<sup>1169</sup> Entsprechend den oben erwähnten relativen Bedingungen gibt es auch sog. relative Hindernisse, z. B. das Konkurs- oder Insolvenzhindernis, das im Gegensatz zu sog. absoluten Hindernissen durch Dispens überwunden werden kann.

<sup>1170</sup> Vgl. dann insoweit die Bestimmung zur Aufhebung der Gewerbeberechtigung aus § 58 Absatz 1 lit. b des Gewerbegesetzes.

<sup>1171</sup> Vgl. im Einzelnen Průcha, P.: a. a. O., S. 67.

In den Fällen des § 8 Abs. 5 in Verbindung mit Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 des Gewerbegesetzes steht es – wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse der Person und ihr Verhalten darauf hindeuten, dass sie beim Betreiben des Gewerbes ihre Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllen wird – im Verwaltungsermessen der Gewerbebehörde, vom entsprechenden relativen Insolvenzhindernis zu dispensieren.<sup>1172</sup>

Während bei Anmeldungsgewerben für die Entstehung der Gewerbeberechtigung zum Betreiben des Gewerbes der Wille des Subjekts entscheidend ist, und es nicht um ein Erlaubnisregime (*povolovací režim*)<sup>1173</sup> geht, ist im Fall der konzessionierten Gewerbe für die Entstehung der Berechtigung der Wille der Gewerbebehörde maßgeblich. Die konzessionierten Gewerbe haben also den Charakter von Erlaubnisgewerben.<sup>1174</sup>

*Hendrych*<sup>1175</sup> bemerkt im Hinblick auf die unterschiedlichen Arten von Verwaltungsakten, dass eine gewisse Tendenz zur terminologischen Vereinheitlichung existiert, die freilich oftmals durch das geltende Verwaltungsrecht nicht beachtet wird. Als Kontrastbeispiel nennt er die Einführung der gesetzgeberischen Abkürzung „Konzession“ (*koncese*) für „staatliche Erlaubnis“ (*státní povolení*) im Gewerbegesetz (vgl. ausdrücklich § 5 Abs. 1 Halbsatz 2 dieses Gesetzes). Aus verfassungsrechtlicher Sicht mit Art. 26 Abs. 1 und 2 der Urkunde sowie der §§ 52, 53 des zitierten Gesetzes wird gefolgert, dass auf den Erlass der gewerberechtlichen Konzession ein Rechtsanspruch besteht.<sup>1176</sup> Ausdrücklicher war und ist dieses tendenzielle Bemühen bei Akten, deren Inhalt in erster Linie irgend jemandes Berechtigung darstellt. *Hendrych* unterscheidet unter Berufung auf *Hoetzel*<sup>1177</sup> traditionell zwischen Zustimmung (*souhlas*) bzw. Genehmigung (*schválení*), Erlaubnis (*povolení*) und Konzession (*koncese*). Der Unterschied zwischen Erlaubnis und Zustimmung besteht darin, dass in der Erlaubnis, die eine gesetzliche Grundlage haben muss, Grenzen (Modi oder Bedingungen) der erlaubten Tätigkeit – der Ausübung der Berechtigung – also, die aufgrund der Erlaubnis entsteht – bestimmt werden können, während dies bei der Zustimmung nicht der Fall ist. Diese angeführten Grenzen kann das zuständige Verwaltungsorgan im Rahmen seines Verwaltungsermessens bestimmen.<sup>1178</sup> Anderer Natur ist die (echte)

---

<sup>1172</sup> Vgl. Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 27, zu Abs. 1, S. 177, die klarstellen, dass auf ein entsprechendes Verlangen kein Rechtsanspruch besteht.

<sup>1173</sup> Vgl. zur Erlaubnis (*povolení*) im Unterschied zur Zustimmung (*souhlas*) bzw. Genehmigung (*schválení*) und Konzession (*koncese*) *Hendrych*, D.: a. a. O., Rdnr. 184.

<sup>1174</sup> Vgl. *Průcha*, P.: a. a. O., S. 75.

<sup>1175</sup> *Hendrych*, D.: a. a. O., Rdnr. 182. Zu ergänzen ist noch die Zusage (*příslib*) (*Hendrych*, D.: a. a. O., Rdnr. 186).

<sup>1176</sup> *Hendrych*, D.: a. a. O., Rdnr. 182 Fn. 46.

<sup>1177</sup> *Hoetzel*, J.: a. a. O., S. 266-269. Diese Einteilung wird auch von der heutigen Rechtsprechung respektiert (S 157-SP 3-4/1997).

<sup>1178</sup> *Hendrych*, D.: a. a. O., Rdnr. 184.



Konzession, auf deren Erlass (Erteilung) nämlich gerade kein Rechtsanspruch besteht. Insoweit steht die Entstehung irgendeiner Berechtigung aufgrund der Konzession im Verwaltungsermessen des Vollzugsorgans der öffentlichen Verwaltung. Das Gesetz bestimmt zumeist bestimmte Gesichtspunkte, von welchen sich die Verwaltungsbehörde beim Erlass der Konzession leiten lassen soll.<sup>1179</sup> Hendrych ergänzt, dass die Unterscheidung zwischen Konzession und Erlaubnis praktisch vor allem dann schwierig sein kann, wenn in irgendeiner materiellrechtlichen Voraussetzung der Erlaubnis ein unbestimmter Begriff verwendet wird.<sup>1180</sup> So wurde z. B. auch die sog. Zuverlässigkeit (*spolehlivost*) der Person bei der Entscheidung über die gewerbliche Konzession in Bezug auf den Gegenstand des Unternehmens mit Rücksicht auf den Schutz des Lebens, der Gesundheit, der Eigentums- und anderen Rechte von Personen und der öffentlichen Interessen beurteilt (vgl. § 27 Abs. 2 des Gewerbegesetzes a. F., vor dem 1. März 2000). Die sog. Zuverlässigkeit oder entsprechende Institute müssen freilich nicht als sog. unbestimmter Rechtsbegriff festgelegt sein, eine kasuistische Definition ist ebenfalls möglich (vgl. die Festlegung der sog. Unbescholtenheit in § 6 Absatz 2 des Gewerbegesetzes).<sup>1181</sup>

Bei Anmeldungsgewerben im Fall, dass das die Gewerbeberechtigung begehrende Subjekt die durch das Gesetz vorgeschriebenen allgemeinen und besonderen Bedingungen des Gewerbebetriebs erfüllt, genügt zur Begründung der Gewerbeberechtigung, dass das beabsichtigte Betreiben des Gewerbes in der vorgeschriebenen Weise (bei der örtlich, im Hinblick auf ihren örtlichen Wirkungsbereich sachlich zuständigen allgemeinen Gewerbebehörde)<sup>1182</sup> angemeldet wird.<sup>1183</sup> Durch den Nachweis der Gewerbeberechtigung in diesem Fall wird nachfolgend die Gewerbeurkunde (*živnostenský list*) erlassen.<sup>1184</sup> Nach ihrem Erlass erfüllt diese Funktion die Ausfertigung der Anmeldung (*ohlášení*), auf der die Gewerbebehörde dem Anmeldenden die Zustellung und Übernahme der Anmeldung bestätigt.

Durch die Eingabe der Anmeldung bei der zuständigen Gewerbebehörde entsteht, wenn kein anderer Zeitpunkt bestimmt ist, die Gewerbeberechtigung. Die Ausgabe der Gewerbeurkunde ist ebenfalls gebührenpflichtig. Gerade hinsichtlich der Anwendung der Vorschriften über die Gewerbeurkunde in der ersten Zeit der Geltung des Gewerbegesetzes war die behördliche

---

<sup>1179</sup> Der Fall, dass das Verwaltungsermessen überhaupt nicht begrenzt wird, war bereits im Recht der Vorkriegszeit die Ausnahme (vgl. Hácha, Emil: Stichwort „Koncese“ in: *Slovník veřejného práva československého*).

<sup>1180</sup> Hendrych, D.: a. a. O., Rdnr. 185.

<sup>1181</sup> Vgl. Hendrych, D.: a. a. O., Rdnr. 185 Fn. 51.

<sup>1182</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 77; zu den weiteren Nachweisen (doklady) vgl. S. 78 f.

<sup>1183</sup> Fiala, Josef/Průcha, Pavel: *Živnostenský list versus správní řízení*, in: *sborník Historie a současnost veřejné správy*, Masarykova univerzita Brno 1993, S. 154 ff., die aber die Auffassung von einer anderen rechtlichen Natur der Gewerbeurkunde praktisch wegen der Feststellung von Problemen in der prozeduralen Ausgabepraxis vertreten haben.

<sup>1184</sup> Spätestens 15 Tage von dem Tag der Anmeldungszustellung an (vgl. § 47 Abs. 1 des Gewerbegesetzes).

Entscheidungspraxis nicht einheitlich, z. B. gerade im Hinblick darauf, ob die Ausgabe – zutreffend, auch wenn die rechtliche Natur der Gewerbeurkunde eine andere sein mag – als Verwaltungsentscheidung im Verwaltungsverfahren zu ergehen hat.<sup>1185</sup>

Auch das Gesetz Nr. 227/1859 Rslg., in der Fassung der letzten Änderungen und Ergänzungen, unterschied, neben anderen Klassifikationen, die Gewerbe in Erlaubnisse (*povolentí*) – die konzessionierten (*koncesované*) Gewerbe – und Gewerbe ohne Erlaubnis, und zwar bei sog. Anmeldung bzw. Ankündigung (*tzv. opověď*). Im Rahmen der Anmeldungsgewerbe wurde weiter eine Einteilung in Handwerks-, Handels- (gebunden an den Befähigungsnachweis) und andere – freie – Gewerbe vorgenommen. Alle freien, Handwerks- und an den Befähigungsnachweis gebundenen Handelsgewerbe waren vor Antritt notwendig (mündlich oder schriftlich) beim zuständigen Amt anzumelden. Die formal richtige Anmeldung (also solche wurde die durch den Unternehmer beim zuständigen Amt eingegebene Anmeldung angesehen, mit der Absicht, das Gewerbe zu betreiben) hatte drei Wirkungen: a) sie gab einen Anspruch auf die gesetzmäßige Entscheidung der Behörde, b) berechtigte zu ungestörtem zwischenzeitlichen Betreiben und c) begründete die Gewerbeberechtigung, sofern die materiellrechtlichen Voraussetzungen erfüllt wurden. In der überwiegenden Mehrzahl wurde die Ansicht vertreten, dass weder die Annahme der Anmeldung noch die Ausgabe der Gewerbeurkunde konstitutiver Natur war. Nach *Průcha* spricht allderdings objektiv nichts dagegen, auch den gegenteiligen Standpunkt zu vertreten.<sup>1186</sup>

Nach der heutigen Regelung ist für die Entstehung der Gewerbeberechtigung bei den Anmeldungsgewerben der Wille des Bewerbers, also die Anmeldung<sup>1187</sup> entscheidend, in deren Folge die Gewerbeberechtigung entsteht, und zwar unmittelbar aus dem Gesetz (vgl. § 10 Abs. 1 lit. a des Gewerbegesetzes)<sup>1188</sup>, was insoweit eine abweichende Lösung vom historischen Fall der sog. Ankündigungsgewerbe bedeutet.

Die zivilgerichtliche Verwaltungsgerichtsbarkeit entschied hierzu wie folgt:

---

<sup>1185</sup> Vgl. *Průcha*, P.: a. a. O., S. 76.

<sup>1186</sup> *Průcha*, P.: a. a. O., S. 80.

<sup>1187</sup> Vgl. *Průcha*, P.: a. a. O., S. 81 ff. zur ordnungsgemäßen Anmeldung sowie zur formalen und materiellen Richtigkeit im Hinblick auf minimale und ergänzende Voraussetzungserfordernisse.

<sup>1188</sup> Vgl. dazu aber die im Hinblick auf die Rechtssicherheit nicht ganz unproblematisch formulierten Ausnahmen des § 47 Abs. 6 und 7 des Gewerbegesetzes, dass nämlich in den Fällen unterbliebener Fehlerbeseitigung oder der Nichterfüllung gesetzlich bestimmter Bedingungen die Gewerbebehörde das Verfahren eröffnet und entscheidet, dass die Gewerbeberechtigung nicht durch die Anmeldung entstanden ist (ausführlich *Průcha*, P.: a. a. O., S. 83 ff., der eine Lösung über eine nachträgliche Aufhebung der Gewerbeberechtigung vorzieht, und der darüber hinaus anhand eines eindrucksvollen Beispiel die Anwendung des gewählten Gesetzeswortlauts hinsichtlich der Fälle der Entstehung und der Nichtentstehung der Berechtigung logisch ad absurdum führt; vgl. auch *Staša, J./Srbová, I.*: a. a. O., § 47, zu Abs. 5, S. 262, die die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung einer solchen Entscheidung, die der eines entsprechenden früheren sog. Einstellungsverfahrens entspricht, betonen).

„Die Gewerbeurkunde ist die reine Nachweisbescheinigung, dass der Person durch die Anmeldung die Gewerbeberechtigung entstanden ist. Es geht nicht um eine Entscheidung des Verwaltungsorgans im Sinne der Bestimmung des § 244 Abs. 2 ZPO und sie kann unmöglich im Verfahren nach dem Vierten Teil (§ 53 und ff., vor allem § 65 und ff.) der Verwaltungsordnung aufgehoben werden.“<sup>1189</sup>

Im Fall des Erlasses bzw. der Ausgabe der Gewerbeurkunde ist die einschlägige Bestimmung des Gewerbegesetzes notwendig so auszulegen, dass der Erlass der Gewerbeurkunde (im positiven Fall also, d. h. der Bestätigung (*potvrzení*)) nicht Gegenstand der eigentlichen Entscheidungstätigkeit der Gewerbebehörden ist, also nicht im Verwaltungsverfahren realisiert wird<sup>1190</sup> und der Erlass der Gewerbeurkunde daher auch nicht den Charakter einer Verwaltungsentscheidung hat.<sup>1191</sup> Denn die Existenz der Gewerbeberechtigung wird „unstreitig“ bereits durch die Ausfertigung der Anmeldung mit nachgewiesener Zustellung bescheinigt<sup>1192 1193</sup>. Dies ist allerdings bedeutsam für die sog. negative Entscheidung, d. h. für die Entscheidung, durch die festgestellt wird, dass durch die Anmeldung die Berechtigung nicht entstanden ist, da die Gewerbebehörde durch diesen Eingriff insoweit die Rechtsposition des Unternehmers „entscheidend“ ändert, auch wenn es um eine Entscheidung „spezifischen“ Charakters geht<sup>1194 1195</sup>.

Dagegen ist bei konzessionierten Gewerben für die Entstehung der Berechtigung nötig, dass die allgemeine Gewerbebehörde als staatlicher Repräsentant zuerst das Begehren des Bewerbers um die Gewerbeberechtigung beurteilt und auf dieser Grundlage die Ausübung der gewerblichen Unternehmung erlaubt (*povolit*), und zwar in Form der Erteilung der sog.

---

<sup>1189</sup> Urteil des Prager Obergerichtes vom 24.11.1995, Gz. 6 A 188/94-23.

<sup>1190</sup> Auch können dann keine Rechtsmittel geltend gemacht werden oder ein Erwachsen in Rechtskraft erfolgen.

<sup>1191</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 86 sieht das Wesen des Verwaltungsverfahrens als Rechtsanwendungsprozess darin, entweder eine konstitutive – einen bestimmten Rechtszustand ex nunc begründende, ändernde oder aufhebende – oder deklaratorische – einen ursprünglichen bereits entstandenen, aber streitigen Rechtszustand nur ex tunc feststellende oder bestätigende – Entscheidung hervorzubringen (näher Průcha, P.: *Správní právo, obecná část* (Verwaltungsrecht, allgemeiner Teil), Masarykova univerzita – Doplněk 2004, S. 238 f.; vgl. auch Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 71, zu Abs. 1, S. 317, die – unter Verweis auf § 1 Abs. 1 VwO a. F. – auf die Entscheidung über irgendjemandes subjektiven Rechte, gegebenenfalls Interessen abstellen).

<sup>1192</sup> Begrifflich eher verwirrend zu diesem bescheinigenden Akt (*osvědčovací akt*) vgl. Kohout, A.: *Novelizace nebo nový živnostenský zákon (Novellierung oder neues Gewerbegesetz)*, *Právo a podnikání*, 1993, Nr. 3, S. 5 f. („sog. deklaratorische Entscheidung“) und Marčanová, J.: *Živnostenské oprávnění, živnostenský list, Obchodní právo* Nr. 3/1992, S. 18 („durch Verwaltungsentscheidungen, die nicht ein Recht begründen, sondern deklarieren, dass es entstanden ist“).

<sup>1193</sup> Nach Průcha, P.: a. a. O., S. 87 kann diese Feststellung den bereits erwähnten widersprüchlichen Wortlaut der §§ 10 Absatz 1 lit. a, 47 Absatz 6 und 7 des Gewerbegesetzes einigermassen relativieren, dass die Existenz der Berechtigung insoweit eigentlich anfänglich streitig war.

<sup>1194</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 87 unter Verweis darauf, dass rückwirkend keine unberechtigte Unternehmung angenommen werden kann.

<sup>1195</sup> Vgl. auch bereits die Methodischen Weisungen des Wirtschaftsministeriums Nr. 3/1996 vom 10.01.1996 und Nr. 3 a/1996 vom 18.01.1996. Zum Begriff dieser Weisungen (*pokyny*) als Verwaltungsvorschriften vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 78 ff. zu „internen normativen Richtlinien“ (davon zu unterscheiden sind sog. faktischen Weisungen, vgl. auch Hendrych, D.: a. a. O., Rdnr. 289 ff., 291).

Konzession<sup>1196</sup>. Die Gewerbebehörde beurteilt im vorgeschriebenen Verfahren die Erfüllung sowohl der allgemeinen als auch aller in Betracht kommenden besonderen Bedingungen zum Betreiben des Gewerbes, und begründet die Berechtigung für ein solches Gewerbe in jedem Einzelfall erst durch seine Entscheidung über die Erteilung der Konzession. In diesen Fällen stellt den Nachweis der Gewerbeberechtigung die Konzessionsurkunde (*koncesní listina*)<sup>1197</sup> dar, nach ihrem Erlass die rechtskräftige Entscheidung, durch die die Konzession erteilt worden ist.<sup>1198</sup>

Zur Erteilung der Konzession kommt es im Hinblick auf das Erlaubnisregime im Verwaltungsverfahren, das aufgrund des vom um die Begründung der Gewerbeberechtigung zum konzessionierten Gewerbe bewerbenden Subjekt eingereichten Antrags der Konzession (*žádost o koncesi*) eingeleitet wird.<sup>1199</sup> Die Eingabe des Antrags auf Konzessionserteilung hat nicht die gleichen Wirkungen wie der Eingang der Anmeldung bei den Anmeldungsgewerben. Bei den konzessionierten Gewerben entsteht die Gewerbeberechtigung in der Regel mit dem Tag der Rechtskraft der Entscheidung über die Erteilung der Konzession<sup>1200</sup>, wobei die Ausgabe der Konzessionsurkunde selbst erst einen anknüpfenden als Ergebnis des ganzen vorangehenden Verfahrens der Begründung der Berechtigung zu dieser Form der gewerblichen Unternehmung erlassenen Akt darstellt.<sup>1201</sup> Kommt die Gewerbebehörde im gegebenen Verfahren zu dem Schluss, dass die Bedingungen zum Betreiben des Gewerbes nicht erfüllt sind, d. h. auch dann, wenn der Standpunkt (vgl. § 51 Abs. 1 des Gewerbegesetzes) irgendeines der betroffenen Organe zum Antrag auf Konzessionserteilung negativ ist, dann lehnt sie den Antrag durch Entscheidung ab. Im gegenteiligen Fall, d. h. wenn die Gewerbebehörde zu dem Schluss kommt, dass für das Betreiben des gegebenen konzessionierten Gewerbes sämtliche erforderlichen Bedingungen erfüllt sind, erlässt sie die Entscheidung auf Erteilung der Konzession – auf deren Erlass dann auch ein Rechtsanspruch besteht – und die Gewerbeberechtigung wird als am Tag der Rechtskraft dieser Entscheidung entstanden angesehen.<sup>1202</sup>

---

<sup>1196</sup> Es handelt sich also um eine Erlaubnis und nicht um eine echte Konzession.

<sup>1197</sup> Der Erlass der Konzessionsurkunde ist ebenfalls gebührenpflichtig. Der in der tschechischen Literatur vorgefundene Wortunterschied (*list – listina*) wird vor dem beschriebenen unterschiedlichen Entstehungshintergrund beibehalten, fällt allerdings in deutscher Übersetzung nicht auf (*list, listina*=Urkunde).

<sup>1198</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 76. Als Nachweis lassen sich die Urkunden jeweils auch durch eine sog. Bescheinigung (*osvědčení*) gebührenpflichtig ersetzen.

<sup>1199</sup> Die Gewerbebehörde entscheidet über den Antrag auf Erteilung der Konzession in der Regel in 60 Tagen ab dessen Eingang (§ 53 Absatz 4 des Gewerbegesetzes). Vgl. auch zur Beseitigung von Mängeln die Fristsetzung für die behördliche Inkennzeichnung von 30 Tagen und die Mängelbeseitigungsfrist von wenigstens 15 Tagen (§ 51 Absatz 1 des Gewerbegesetzes).

<sup>1200</sup> Eine Ausnahme gilt für die Fälle, wenn eine Person die Konzession beantragt, die zur Eintragung ins Handelsregister (*obchodní rejstřík*) verpflichtet ist, dies aber noch nicht getan hat. Dann entsteht die Gewerbeberechtigung erst mit dem Tag der Eintragung ins Handelsregister.

<sup>1201</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 89.

<sup>1202</sup> Bestandteil dieser Entscheidung ist gegebenenfalls (vgl. § 10 Abs. 2 iVm § 54 des Gewerbegesetzes) auch die Entscheidung über die Genehmigung der Bestimmung eines verantwortlichen Vertreters. Der Nachweis der

Hinsichtlich der Entstehung der Berechtigung zum Betreiben des Gewerbes in industrieller Weise wird es um Entscheidungen im Verwaltungsverfahren gehen, da die einschlägige Entscheidung ebenfalls den Charakter einer Erlaubnis hat.<sup>1203</sup> Die Situation stellt sich jedoch insoweit komplizierter dar, da verschiedene Ausgangsfälle zu unterscheiden sind. Wird bereits ein Gewerbe ausgeübt, so wird – nach Rechtskraft der Erlaubnisentscheidung – die eigentliche Berechtigung zum Betreiben des bzw. der Gewerbe in industrieller Weise in dem Sinne präzisiert, dass diese fortan durch den neuen Gewerbebetrieb, d. h. in industrieller Weise verwirklicht wird, wobei der neue erlassene Nachweis des gewerblichen Unternehmens, der der Natur des betriebenen „Gewerbes“ nach folglich wieder nur eine Gewerbe- oder Konzessionsurkunde sein kann, Angaben über diese Weise des Gewerbebetrieb enthalten muss. Für den Fall, dass der Unternehmer eine ablehnende Entscheidung ohne Weiteres akzeptieren oder das Berufungsorgan diese Entscheidung der Gewerbebehörde bestätigen und die Berufung zurückweisen würde, würde der Unternehmer weiterhin wie bisher – je nach Ausgangsgewerbe das Anmeldungs- oder konzessionierte Gewerbe – im „gewöhnlichen“, d. h. „nichtindustriellen Regime“ unternehmen. Übt der Bewerber noch kein Gewerbe aus, so ist es offensichtlich nötig, bei Erfüllung der Anforderungen für das begehrte Anmeldungsgewerbe, die Anmeldung anzunehmen und zu bestätigen, wodurch es zur Begründung der Berechtigung zur gewerblichen Unternehmung kommt, indes – also bis zur Erlaubnisentscheidung in Rechtskraft - aber nur im „gewöhnlichen“ bzw. „nichtindustriellen Regime“. Wird der Antrag des Unternehmers zum Betreiben des Anmeldungsgewerbes in industrieller Weise abgelehnt, hat die Gewerbebehörde nachfolgend nach den Bestimmungen für das Vorgehen beim Erlass der Gewerbeurkunde bei einem „gewöhnlichen“ Anmeldungsgewerbe zu verfahren (vgl. § 7 a Abs. 2 a. E. in Verbindung mit § 47 ff. des Gewerbegesetzes). Das sollte dann ausschließen, dass auch in diesem Fall die Gewerbeberechtigung in „nichtindustrieller Weise“ als am Tag der Anmeldung „entstanden“ betrachtet wird. Im Fall des begehrten Betriebes zusammengefasster Tätigkeiten mit dem Charakter einzelner Anmeldungs- und konzessionierter Gewerbe in industrieller Weise wird das Berechtigungsregime erst mit dem Erlass des Nachweises der gewerblichen Unternehmung gespalten werden. Für den Teil der Unternehmung, der den Anmeldungsgewerben entspricht, wird offensichtlich die

---

Gewerbeberechtigung ist dann erst in der Konzessionsurkunde mit den genau vorgeschriebenen inhaltlichen Anforderungen zu sehen (vgl. auch zur grundsätzlichen Konzentrationswirkung der Konzessionsurkunde Průcha, P.: a. a. O., S. 91).

<sup>1203</sup> Vgl. ausführlich Průcha, P.: a. a. O., S. 92 ff.

Berechtigung durch „Anmeldung“ im Antrag des Unternehmers, freilich übereinstimmend wie im vorangehenden Fall indes nur im „gewöhnlichen“, d. h. „nichtindustriellen Regime“ begründet, während für den Teil der Unternehmung, der den konzessionierten Gewerben entspricht, die Begründung der Gewerbeberechtigung und die Entstehung der Berechtigung, das Gewerbe in industrieller Weise zu betreiben, im Fall der positiven Entscheidung über diese Gewerbebetriebsweise, zeitlich zusammenfällt, und die Wirkungen der Berechtigung, das konzessionierte Gewerbe in industrieller Weise zu betreiben, gemeinsam erst durch die Rechtskraft der Entscheidung über die Erteilung der Konzession eintritt, unter Kennzeichnung der Angaben, dass das Gewerbe in industrieller Weise betrieben wird (vgl. § 7 a Abs. 4 des Gewerbegesetzes). Als Nachweis der Gewerbeberechtigung für diese Kombination von Tätigkeiten mit dem Charakter einzelner Anmeldungs- und konzessionierter Gewerbe kommt dann logisch<sup>1204</sup> nur die Konzessionsurkunde in Betracht. In den Fällen in konzessionierten Regimen, d. h. sowohl bei der Kombination der Zusammenfassung von Tätigkeiten mit dem Charakter einzelner Anmeldungs- und konzessionierter Gewerbe als auch im Fall der Zusammenfassung von Tätigkeiten mit dem Charakter ausschließlich einzelner konzessionierter Gewerbe, wenn die Entscheidung hinsichtlich des Betriebes des Gewerbes in industrieller Weise allerdings negativ ist, die Konzessionsurkunde oder –urkunden zum Betreiben des Gewerbes in „gewöhnlicher“ bzw. „nichtindustrieller“ Weise jedoch erlassen sein können, stellt sich die Frage, ob es notwendig sein wird, eine selbständige ablehnende Entscheidung zum Betreiben des Gewerbes in industrieller Weise und neben dieser selbständige Entscheidungen über die Erteilung der Konzession zum Gewerbebetrieb in „gewöhnlicher“ oder „nichtindustrieller“ Weise zu erlassen, oder die ganze Angelegenheit im Rahmen der Entscheidung über die Konzession zu lösen. Aufgrund der Bestimmung des § 7 a Abs. 2 des Gewerbegesetzes ist wohl Ersteres anzunehmen.<sup>1205</sup>

Das Gewerbegesetz legt im Übrigen den Gewerbebehörden die Verpflichtung auf, weitere zuständige Subjekte der öffentlichen Verwaltung über die Entstehung der Gewerbeberechtigung des konkreten Unternehmers in Kenntnis zu setzen.<sup>1206</sup>

---

<sup>1204</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 95 unter Ausschluss anderer Auslegungslösungen. Der Autor zieht insoweit für diesen Fall terminologisch auch die Bezeichnung als „im konzessionierten Regime“ in industrieller Weise betriebenes Gewerbe vor (S. 96).

<sup>1205</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 96, der nach weiteren Ausführungen in Bezug auf die Bestimmungen des Gewerbebetriebs in industrieller Weise endlich eine extensive Auslegung für geboten und eine gesetzgeberische Präzisierung für angebracht hält.

<sup>1206</sup> Vgl. §§ 48, 55 des Gewerbegesetzes. Ausführlich Průcha, P.: a. a. O., S. 99 ff. (zum Gewerberegister (§ 60 des Gewerbegesetzes) vgl. S. 101 f.). Dies gilt auch für Änderungen (vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 113).

## bb) Änderung und Erlöschen

Der Unternehmer ist nach dem Gewerbegesetz verpflichtet, der die Anmeldung annehmenden und die Gewerbeurkunde bzw. die Konzessionsurkunde erlassenden Gewerbebehörde alle die gemachten Angaben und eingereichte Nachweise Änderungen (*změny*) mitzuteilen, die er bei der Anmeldung des Gewerbes oder bei der Eingabe des Ersuchens um die Konzession anzuführen und vorzulegen verpflichtet war, gegebenenfalls die Nachweise über diese Änderungen, und zwar spätestens in 15 Tagen ab deren Entstehung<sup>1207</sup> vorzulegen (vgl. § 56 Abs. 1 des Gewerbegesetzes).<sup>1208</sup> Die Gewerbebehörde entscheidet dann aufgrund dieser Mitteilung über die Änderung der Gewerbe- oder Konzessionsurkunde und, sofern das nicht möglich wäre, über die Einstellung des Gewerbebetriebs, führt die Änderung durch Beilagen des Nachweises der Gewerbeberechtigung für das in industrieller Weise betriebene Gewerbe durch, hebt gegebenenfalls die Gewerbeberechtigung auf.<sup>1209</sup>

Bei den Änderungen betreffend die Gewerbeberechtigung werden Änderungen mit „Tatsachennatur“ (die das Wesen und die Existenz der Berechtigung selbst – die durch die verkörperte subjektive Rechtsposition – betreffen, z. B. den Gegenstand der Unternehmung<sup>1210</sup>, die Weise des Gewerbebetriebs<sup>1211</sup>, die Subjekte der Unternehmung<sup>1212</sup>, die allgemeinen und besonderen Bedingungen<sup>1213</sup> etc., die aber zumeist von Gesetzes wegen auch Evidenzcharakter haben) und solche mit „Evidenzbedeutung“ (die die Identifikationsmerkmale des Unternehmers und sein gewerbliches Unternehmen betreffen, z. B. die persönlichen Angaben des Unternehmers bzw. verantwortlichen Vertreters<sup>1214</sup>, die Bezeichnung und der Sitz des Unternehmers, Ort und Anzahl der Betriebsstätten<sup>1215</sup> etc.) unterschieden.<sup>1216</sup>

<sup>1207</sup> Zur Ausnahmenvorschrift des § 7 a Absatz 6 des Gewerbegesetzes vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 107.

<sup>1208</sup> Jurníková, J. a kol.: Správní právo, zvláštní, Masarykova univerzita 2004, S. 281 ff.

<sup>1209</sup> Vgl. Průcha, Pavel: Veřejná správa a samospráva, VŠAP Praha 2004, S. 169 ff.

<sup>1210</sup> Vgl. dazu Průcha, P.: a. a. O., S. 106.

<sup>1211</sup> Vgl. dazu Průcha, P.: a. a. O., S. 106 unter Behandlung der praxisrelevanten Gebührenproblematik (S. 106 f. Fn. 114).

<sup>1212</sup> Vgl. dazu Průcha, P.: a. a. O., S. 107 f. auch zur Fortführungsproblematik (vgl. auch §§ 10 Absatz 9, 13, 14 des Gewerbegesetzes).

<sup>1213</sup> Vgl. dazu Průcha, P.: a. a. O., S. 108 (vgl. auch § 27 Absatz 3 des Gewerbegesetzes zum Sonderfall „ex offio“).

<sup>1214</sup> Vgl. dazu Průcha, P.: a. a. O., S. 109 ff. unter Abgrenzung zwischen den unterschiedlichen Änderungsarten und unter Differenzierung der Gewerbearten bei fakultativem bzw. obligatorischem verantwortlichen Vertreter (zu Letzterem vgl. auch Horzinková, E./Urban, V.: Živnostenský zákon a předpisy související s komentářem a příklady, Linde Praha 2005, S. 77).

<sup>1215</sup> Vgl. dazu Průcha, P.: a. a. O., S. 109 f. einschließlich Fn. 121 (vgl. auch § 17 des Gewerbegesetzes), auch S. 112 unter Klarstellung, dass – unter Berufung auf den Wortlaut der §§ 49 und 56 des Gewerbegesetzes und aufgrund des Funktionalitätsgedankens, aber unter Hinzufügung praktischer Bedenken – die Änderung der örtlichen Zuständigkeit der Gewerbebehörde in Anknüpfung an die Änderung des Wohnorts und des Sitzes des Unternehmers nur bei Anmeldungsgewerben in Betracht kommt.

<sup>1216</sup> Vgl. Průcha, Pavel: Živnostenské oprávnění, Masarykova univerzita Brno 1997, S. 151 f.; Průcha, P.: a. a. O., S. 104 ff., 110 unterscheidet weiter in Änderungen, die sich in der Gewerbe- oder Konzessionsurkunde

Hinsichtlich des prozeduralen Regimes bei den mitgeteilten Änderungen ist anzumerken, dass Entscheidungen, d. h. solche über die Änderung der Gewerbe- oder Konzessionsurkunde, die Einstellung des Gewerbebetriebs, die Aufhebung der Gewerbeberechtigung und über die Änderung von Angaben über den verantwortlichen Vertreter bei konzessionierten Gewerben, in jedem Fall den Charakter einer Verwaltungsentscheidung in einem Verwaltungsverfahren tragen. Wenn bei Anmeldungsgewerben aus der geltenden Regelung abgeleitet wird, dass dem Regime der Entstehung zu ihrem Betreiben bzw. dem Erlass der Gewerbeurkunde nicht der Charakter eines Verwaltungsverfahrens bzw. einer Verwaltungsentscheidung zukommen, dann gilt dasselbe auch für die akzeptierende Entscheidung im Änderungsregime.<sup>1217</sup> Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind natürlich auch nicht solche Änderungen, im Wesentlichen bei Änderungen mit „Tatsachencharakter“, deren Folge die Begründung einer neuen Berechtigung zum Betreiben des Anmeldungsgewerbes ist, und Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind folglich auch nicht die Änderungen mit „Evidenzbedeutung“, die sich auf Angaben beziehen, die nicht in der Gewerbeurkunde angeführt werden, oder wenn es hierdurch um eine andere Weise ihres Reflexes geht. Bei konzessionierten Gewerben stellt dann das gegenständliche prozedurale Regime der Entscheidung über die einschlägigen Änderungen als Regime eines Verwaltungsverfahrens im Hinblick auf den Charakter des prozeduralen Regimes der Entstehung der Berechtigung zum Betreiben der gegenständlichen Gewerbe die systemgerechte Lösung dar.<sup>1218</sup>

In den Fällen, wenn Änderungen entscheidender Tatsachen solcher Natur sind, dass es notwendig wird, die Gewerbeberechtigung aufzuheben, geht es um das Erlöschen (*zánik*) der Berechtigung zur gewerblichen Unternehmung.<sup>1219</sup> Die Aufhebung (*zrušení*) der Gewerbeberechtigung ist aber nach der geltenden Regelung keine Weise ihres Erlöschens. Das Erlöschen der Gewerbeberechtigung kommt nach § 57 des Gewerbegesetzes insgesamt in sechs Fällen (z. B. bei Tod des Unternehmers, aufgrund von Zeitablauf<sup>1220</sup> oder bei Löschung der ausländischen Person bzw. ihres Unternehmensgegenstandes aus dem Handelsregister<sup>1221</sup>)

---

niederschlagen, und solchen, bei denen dies nur anderenorts der Fall ist (vgl. zum Gebührenaspekt S. 110 Fn. 122).

<sup>1217</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 113.

<sup>1218</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 113 a. E.

<sup>1219</sup> Vgl. im Einzelnen Průcha, P.: a. a. O., S. 114 f.

<sup>1220</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 114 f. sieht bei einer Änderung durch Verlängerung der Berechtigung den Charakter einer Verwaltungsentscheidung nur bei den konzessionierten Gewerben.

<sup>1221</sup> Die Bestimmung reflektiert insoweit nicht § 21 Absatz 4 und 5 des tschechischen HGB (vgl. Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 57, zu Abs. 1, S. 281).



in Betracht, auch für den Fall der Aufhebung der Berechtigung durch die Entscheidung des Gewerbebehörde.

Für die Aufhebung der Gewerbeberechtigung kommen mehrere Gründe in Frage.<sup>1222</sup> Das Gewerbegesetz bestimmt ausdrücklich, dass neben den Fällen, in denen der Unternehmer selbst die Aufhebung der Gewerbeberechtigung fordert<sup>1223</sup>, die Gewerbebehörde die Gewerbeberechtigung aufhebt, d. h. im obligatorischen Sinn, und zwar einmal wenn der Unternehmer seine Handlungsfähigkeit verliert und es nicht um den Fall geht, dass das Gewerbe mit Zustimmung des Gerichts wegen des Mangels der Befähigung weiter betrieben werden würde, oder wenn der Unternehmer die Unbescholtenheit verliert, und weiter dann, wenn der Unternehmer den Gewerbebetrieb nicht aus dem Grund fortsetzen kann, dass gegen ihn nach dem Insolvenzgesetz vorgegangen wurde, oder wenn dem Unternehmer in der Stellung einer natürlichen Person durch das Gericht oder Verwaltungsorgan ein den Gewerbebetrieb betreffendes Tätigkeitsverbot auferlegt wird.

Soweit die in Betracht kommenden Hindernisse beim verantwortlichen Vertreter eintreten, ist es notwendig, unverzüglich die Änderung in seiner Person durchzuführen. Die angeführten Hindernisse seitens des verantwortlichen Vertreters führen also nicht automatisch zum Erfordernis der Aufhebung der Gewerbeberechtigung.<sup>1224</sup>

Weitere Fälle der Aufhebung der Gewerbeberechtigung hängen vor allem<sup>1225</sup> vom unbestimmten Rechtsbegriff der „schwerwiegenden Verletzung der Pflichten“ („*závažné porušování povinností*“) des Unternehmers ab. Die geltende Regelung differenziert dabei zwischen obligatorischen und fakultativen Entscheidungsäußerungen und bestimmt neben der Aufhebung der Gewerbeberechtigung die Alternative der Einstellung (*pozastavení*) des Gewerbebetriebs. Obligatorisch, d. h. verpflichtend, hebt die Gewerbebehörde die Gewerbeberechtigung zum Betreiben des konzessionierten Gewerbes auf oder entscheidet über die Einstellung des konzessionierten Gewerbes, auf Antrag des zur Einnahme des Standpunktes zum Begehren der Konzession zuständigen Organs der staatlichen Verwaltung, und zwar gerade aus dem Grund, dass der gegenständliche Unternehmer in schwerwiegender Weise oder die sich entweder aus den in der Konzessionsurkunde oder im Gewerbegesetz als

---

<sup>1222</sup> Jurníková, J. a kol.: a. a. O., S. 281 ff.

<sup>1223</sup> Die Bestimmung des § 35 des Gesetzes Nr. 337/1992 Slg., über die Steuer- und Abgabenverwaltung regelt dabei die Pflicht des Unternehmers, der „Beantragung der Löschung“ aus dem Handels- oder eines anderen (vorliegend dann Gewerbe-) Registers die Zustimmung des zuständigen Steuerverwalters beizulegen.

<sup>1224</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 116.

<sup>1225</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 116 spricht von einem „bereits restlosen Zusammenhang“ und betont wohl die praktische Bedeutung dieses Falles (vgl. § 58 Abs. 3 des Gewerbegesetzes).

auch in zusammenhängenden besonderen Rechtsvorschriften bestimmten ergebenden Bedingungen verletzt. Die Verpflichtung zu diesem Vorgehen ist notwendig so zu verstehen, dass die Gewerbebehörde erst zu befinden hat, dass die angezeigte Verletzung der Pflichten schwerwiegend ist. Die Verpflichtung zur Entscheidung bezieht sich dann für die gegebene Situation nur darauf, dass die Gewerbebehörde keine andere Wahl hat, als das Gewerbegesetz ihr zur Disposition stellt, d. h. dass sie entweder die Gewerbeberechtigung aufhebt oder über die Einstellung entscheidet. Anders ausgedrückt, muss die Gewerbebehörde auch bei dieser ihrer Natur nach obligatorischen Lösung sorgfältig erwägen<sup>1226</sup>, in welcher Lage sie im Hinblick auf den festgestellten tatsächlichen und existierenden Rechtszustand entscheidet.

Fakultativ, d. h. dann, wenn die Gewerbebehörde zwar nicht die Gewerbeberechtigung aufheben oder den Gewerbebetrieb einstellen muss, sie aber, soweit im Rahmen des sog. Verwaltungsermessens (*tzv. správní uvážení*), zu dem Schluss kommt, dass dies im Sinne einer vorhandenen zu treffenden Wahlmöglichkeit erwünscht ist, hebt sie dann die Gewerbeberechtigung auf oder stellt den Gewerbebetrieb ein, obliegt es also der Gewerbebehörde, wie in den anderen Fällen zu verfahren.<sup>1227</sup>

Konkret handelt es sich in erster Linie um einen dem Vorgehen bei konzessionierten Gewerben entsprechenden Fall, entschieden auf Antrag des dadurch betroffenen Organs der staatlichen Verwaltung, dass, außer dem grundlegenden in der angeführten Fakultivität dieser Entscheidung liegenden Unterschied, in diesem Fall eine Entscheidung aus einem anderen Anlass in Betracht kommt, und die Entscheidung sich auch auf die Fälle der Anmeldungsgewerbe bezieht. Es geht also um den Fall, wenn der Unternehmer in schwerwiegender Weise die sich aus dem Gewerbegesetz oder anderen Rechtsvorschriften ergebenden Bedingungen verletzt, oder die im Nachweis der Gewerbeberechtigung bestimmten Bedingungen, die sich im Hinblick auf den durch das Gesetz vorausgesetzten Inhalt der Nachweise der Gewerbeberechtigung nur auf die Konzessionsurkunde beziehen lassen. Die Gewerbebehörde kann (*může*) so ebenfalls die Gewerbeberechtigung des Unternehmers auf Antrag der zuständigen Verwaltung der sozialen Sicherung aufheben, soweit der Unternehmer die Verbindlichkeiten gegenüber dem Staat nicht erfüllt (vgl. § 58 Abs. 3 Satz 2 des Gewerbegesetzes). Ein weiterer Grund für die Aufhebung der Gewerbeberechtigung ist, dass der Unternehmer das Gewerbe für die Zeit von länger als vier

---

<sup>1226</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 117 verwendet für "erwägen" den Begriff "zvažovat" (=erwägen, ermessen) sicherlich "untechnisch", im Hinblick auf das in der folgenden Variante gegebene Verwaltungsermessen, da in der beschriebenen Situation gerade keine Wahlmöglichkeit vorliegt.

<sup>1227</sup> Etwas umständlich vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 117 unter Anführung von Madar, Z.: Slovník českého práva, Linde Praha 1999, díl II (Band II), Stichwort „Verwaltungsermessen“; genauer und deutlich das bestehende Verwaltungsermessen bei § 58 Abs. 3 des Gewerbegesetzes hervorhebend vgl. Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 58, zu Abs. 3, S. 288.

Jahren nicht ausübt (vgl. § 58 Abs. 3 Satz 3 des Gewerbegesetzes). Entsprechend kann die Gewerbebehörde noch die Gewerbeberechtigung aufheben oder den Gewerbebetrieb einstellen, wenn der Unternehmer in der Frist eines Jahres die Mängel nicht beseitigt, für die ihm der Gebrauch oder Betrieb der einschlägigen Einrichtungen eingestellt wurde (vgl. § 58 Abs. 4 des Gewerbegesetzes).

In Fällen, in denen es autoritativ zur Einstellung der Gewerbebetriebe kommen wird, stellt sich die Frage, an welche Tatsache der Verlust der Einstellungswirkungen zu binden ist.<sup>1228</sup> Die geltende Regelung löst dabei diese Angelegenheit nicht ausdrücklich. Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass in der Praxis notwendig differenziert verfahren wird.<sup>1229</sup> Dort, wo die Umstände des Falles es ermöglichen, wird die gegenständliche Angelegenheit vor allem durch die Bestimmung der Pflicht lösbar, bestimmte Bedingungen rechtserneuenden Charakters zu erfüllen, in anderen Fällen wird dann die Angelegenheit eher durch die Bestimmung einer ganz konkreten Zeit zu lösen sein, nach der der Betrieb des Gewerbes eingestellt wird. Während es im ersten Fall offensichtlich notwendig sein wird, seitens der Gewerbebehörde die Erneuerung des erwünschten Zustands autoritativ festzustellen bzw. zu bescheinigen, im zweiten Fall wird es möglich sein, nach Ablauf der entschiedenen Zeit ohne Weiteres mit dem Betreiben des Gewerbes fortzusetzen.

Die Zeit der Einstellung des Gewerbes in allen angeführten Fällen darf nicht länger als ein Jahr ausmachen.<sup>1230</sup>

Nach der Aufhebung der Gewerbeberechtigung ist es – bei Erfüllung der durch das Gesetz bestimmten Bedingungen – möglich, sich für die Begründung derselben oder einer anderen Gewerbeberechtigung erneut bzw. wiederholt zu bewerben. Außer den gewöhnlichen Bedingungen, deren Erfüllung die geltende Regelung bei der Entstehung der Gewerbeberechtigung erfordert, bestimmt das Gewerbegesetz im Fall der Aufhebung der Gewerbeberechtigung aus den oben angeführten Gründen mit Sanktionscharakter darüber hinaus, dass der Unternehmer das Gewerbe anmelden oder nach der Konzession im selben oder verwandten Fachbereich frühestens nach Ablauf von drei Jahren seit der Rechtskraft der Entscheidung über die Aufhebung der Gewerbeberechtigung verlangen kann. Im Fall des Interesses, in einer anderen Fachrichtung zu unternehmen, kann der Unternehmer die einschlägigen Handlungen nach Ablauf eines Jahres seit der Rechtskraft der Entscheidung über die Aufhebung der Gewerbeberechtigung vornehmen.

---

<sup>1228</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 117.

<sup>1229</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 117.

<sup>1230</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 117.

Zuständig zur Entscheidung über die Aufhebung der Gewerbeberechtigung oder über die Einstellung des Gewerbebetriebs ist immer die sachlich zuständige Behörde, örtlich zuständig nach dem Wohnsitz bzw. den Wohnsitzen des Unternehmers.<sup>1231</sup>

In allen Fällen des Erlöschens der Gewerbeberechtigung sollten nach dem Erlöschen die Gewerbe- oder Konzessionsurkunde der Gewerbebehörde zurückgegeben werden, die diese erlassen hat, weil diese Belege die Nachweisfunktion der Gewerbeberechtigung erfüllen, weil, wenn diese Berechtigung erloschen ist, deren Einbehalt durch die einschlägigen Subjekte dann den Sinn verliert und darüber hinaus die Gefahr des etwaigen Missbrauchs dieser Belege besteht.<sup>1232</sup>

Abschließend ist festzuhalten, dass die erwünschte Korrespondenz zwischen den Regimen der Entstehung und des Erlöschens der Gewerbeberechtigung nicht nur im öffentlichen Interesse ist, sondern auch zugleich Rechtssicherheit vor allem für die Unternehmer schafft.<sup>1233</sup>

## b) Kontrolle und Sanktionen

Durch das Eintreten der rechtlichen Wirkungen der Gewerbeberechtigung wird zwischen dem Unternehmer als Träger bzw. Subjekt der Gewerbeberechtigung einerseits und der Gewerbebehörde als Trägerin der einschlägigen öffentlichrechtlichen Kompetenz andererseits ein materielles Verwaltungsrechtsverhältnis (*správně právní vztah*)<sup>1234</sup>, das bestimmte miteinander verbundene Rechte und Pflichten umfasst, durch die dieses Verhältnis insoweit andauert, als die Wirkungen der begründeten Gewerbeberechtigung währen.

Für den Unternehmer ergibt sich aus diesem materiellen Verwaltungsrechtsverhältnis vor allem die eigene Berechtigung der gewerblichen Unternehmung, und zwar unter den sich aus der gegenständlichen Gewerbeberechtigung ergebenden Bedingungen und in dem dazugehörigen Umfang sowie die gleichzeitige Verpflichtung, die bestimmten Bedingungen richtig einzuhalten. Unter diesen Bedingungen werden dabei nicht nur Bedingungen verstanden, die oben im Zusammenhang mit der Entstehung der Gewerbeberechtigung behandelt wurden, d. h. die sog. allgemeinen und sog. besonderen Bedingungen des Betreibens des Gewerbes, und zwar einschließlich sog. anderer durch die Gewerbebehörden

---

<sup>1231</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 117.

<sup>1232</sup> Vgl. auch vor allem die Bestimmung des § 57 Abs. 3 des Gewerbegesetzes über die behördliche Mitteilungspflicht gegenüber anderen – gegebenenfalls auch ausländischen - Behörden.

<sup>1233</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 119.

<sup>1234</sup> In der gewerberechtlichen Literatur wird angemerkt, dass umgekehrt auch die Entstehung dieser Beziehung gerade die Wirkung der Begründung der einschlägigen Gewerbeberechtigung hat (vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 120 f. Fn. 131). Vgl. auch zum Verwaltungsrechtsverhältnis allgemein Průcha, Petr: Správní právo, a. a. O.; vgl. zum Rechtsverhältnis (právní vztah) allgemein Boguszak/ Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., insbesondere S. 124 f.

für das Betreiben von konzessionierten Gewerben auferlegter Bedingungen, sondern allgemein sämtliche sowohl aus den Nachweisen der Gewerbeberechtigung ableitbare Bedingungen, was im Hinblick auf deren durch das Recht bestimmten Inhalt nur bei Konzessionsurkunden gilt, als auch alle übrigen in Betracht kommenden allein aus dem Gewerbegesetz oder auch sog. Sondervorschriften ableitbaren Bedingungen gilt<sup>1235</sup>.<sup>1236</sup>

Die Bedingungen des Gewerbebetriebs lassen sich im Hinblick auf die Situation, wenn das Gewerbe bereits betrieben wird, in zwei Gruppen einteilen. Die erste Gruppe stellen „Bedingungen zur Erlangung der Gewerbeberechtigung“ dar, d. h. diejenigen, an deren Erfüllung die Entstehung der konkreten Gewerbeberechtigung unmittelbar gebunden ist, und die eingehalten werden, also für die ganze Dauer des Betriebes des Gewerbes erfüllt sein müssen. Die zweite in ihrer Weise verbindliche Gruppe von Bedingungen repräsentieren dann „Bedingungen des eigentlichen Betriebes des Gewerbes“, die im Wesentlichen die Natur von Verpflichtungen haben und die sich erst ab der Entstehung der Gewerbeberechtigung ergeben sowie mit der faktischen Verwirklichung, dem faktischen Gebrauch dieser Berechtigung, d. h. Rechnung und Realisierung der gewerblichen Unternehmung verbunden sind.<sup>1237</sup>

Der Unternehmer ist nicht in der Anzahl der betriebenen Gewerbe beschränkt. Er kann mehrere Gewerbe betreiben, wenn er für jedes von ihnen eine Gewerbeberechtigung hat oder wenn das Regime ihren Betrieb einem sog. in industrieller Weise betriebenen Gewerbe unterordnet. Das schließt dann nicht aus, dass der Unternehmer gegebenenfalls noch ein weiteres einzelnes Gewerbe neben den mehreren berechtigten Gewerben oder dem in industrieller Weise betriebenen Gewerbe betreibt.

Aus der geltenden Regelung ergibt sich auch, dass das berechtigte Gewerbe ohne Beschränkung irgendwo in der Tschechischen Republik betrieben werden kann, wenn sich nicht aus der Natur der Unternehmung die Notwendigkeit einer zugehörigen Betriebsstätte mit entsprechenden Mitteilungspflichten der Aufnahme und Beendigung des Gewerbebetriebs, z. B. die Notwendigkeit einer „ständigen Betriebsstätte“ („*stálá provozovna*“) ergibt.<sup>1238</sup>

Auch beim Handel mit Diensten, die in der Regel in der ständigen Betriebsstätte geleistet werden, kommt deren Leistung auf dem sog. Betriebsgelände in Betracht. Für diese Fälle hat dann das Institut der sog. Marktordnungen (*tzv. tržní řád*), deren Erlass den einzelnen Gemeinden im übertragenen Wirkungsbereich (*přenesená působnost*) in Form einer Verordnung der Gemeinde obliegt, erhebliche Bedeutung.<sup>1239</sup> In diesen werden Bedingungen für den Verkauf und die

---

<sup>1235</sup> Vgl. §§ 31 Absatz 21, 60 a, 58 Absatz 2 und 3 des Gewerbegesetzes.

<sup>1236</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 121.

<sup>1237</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 121.

<sup>1238</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 122 mit einigen Beispielen (Malerei-, Installationsbetrieb etc.).

<sup>1239</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 122.

Dienstleistung außerhalb der zu diesem Zweck bestimmten Betriebsstätte durch Kollaudierungsentscheidung (Schlussgenehmigung)<sup>1240</sup> dadurch festgelegt, dass der örtliche Anwendungsbereich dieser Marktordnung immer durch den örtlichen Wirkungsbereich (*územní působnost*) dieser Gemeinde gegeben ist, bei der die Marktordnungen in der Regel den Marktraum oder Absatzmarkt definieren, in deren Rahmen der Handel und die Dienstleistung verrichtet werden können.<sup>1241</sup>

Im Hinblick auf das Erfordernis der Einhaltung der bestimmten Bedingungen der gewerblichen Unternehmung ist notwendig auf die Pflicht der Unternehmer zu verweisen, der Gewerbebehörde alle Änderungen der Angaben und Belege mitzuteilen, die für die Anmeldung bzw. als Erfordernisse des Verlangens nach der Konzession bestimmt werden, und zwar innerhalb einer Frist von 15 Tagen ab der Entstehung dieser Änderungen.<sup>1242</sup>

Die Einhaltung aller dieser öffentlich-rechtlichen Bedingungen<sup>1243</sup> zu fordern und – gegebenenfalls durch Sanktionen und andere Maßnahmen - zu kontrollieren, obliegt den als den Subjekten aus den gegenständlichen materiellen Verwaltungsrechtsverhältnissen gegenüber ermächtigten Gewerbebehörden.

Die Kontrolle der Verwirklichung der Gewerbeberechtigung ist spezifischer Ausdruck der in den Bedingungen der sog. Gewerbeverwaltung allgemein begriffenen Kontrolle.<sup>1244</sup> Die Kontrolle ist integrierender Bestandteil jeder lenkenden Tätigkeit, sie wird in den einschlägigen lenkenden Beziehungen verwirklicht und partizipiert spezifisch an der Erreichung der Ziele, auf deren Verwirklichung die gegenständliche bezweckte Tätigkeit abzielt. Die Gewerbeverwaltung als eine solche bezweckte Tätigkeit umfasst einmal selbst die Kontrolle als Teil ihres Wirkungsbereichs und einmal ist sie Teil der in der Gesellschaft

---

<sup>1240</sup> Vgl. auch die Stichworte “Kollaudierungsentscheidung” (“*kolaudační rozhodnutí*”) und “Kollaudierungsverfahren” (“*kolaudační řízení*”) bei Průcha, P.: a. a. O., S. 145 f.

<sup>1241</sup> Vgl. Kadečka, S.: Tržní řády obcí, Časopis pro právní vědu a praxi, Nr. 1/2001.

<sup>1242</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 122 bemerkt, dass diese Verpflichtung in gewissem Sinne die Bedingungen für die Erlangung der Gewerbeberechtigung mit den Bedingungen des eigentlichen Betreibens der Gewerbe verzahnt. Vgl. zu den nach dem Autor erstrangige Bedeutung habenden Pflichten unmittelbar aus dem Gewerbegesetz auch die Bestimmung des § 31 des Gewerbegesetzes, insbesondere aber die Pflichten des Unternehmers, den Empfang von Schriftstücken zu sicherzustellen, des Identitätsnachweises der im Namen des Unternehmers handelnden Personen, der Gewährleistung der Erfüllung der durch besondere Rechtsvorschriften bestimmten Befähigung für die Berufsausübung, Sicherheitsvorschriften und solcher der öffentlichen Gesundheit sowie Hygiene wie auch der vor Vertragsschluss sicherzustellenden Identifikation der am Vertragsverhältnis Beteiligten und des Vertragsgegenstandes beim Gebrauchtwarenkauf etc. (Průcha, P.: a. a. O., S. 123 f.).

<sup>1243</sup> Horzinková, E./Urban, V.: Živnostenský zákon a předpisy související s komentářem a příklady, Linde Praha 2005, S. 60 ff.

<sup>1244</sup> Vgl. allgemein zum Kontrollbegriff der öffentlichen Verwaltung Sládeček, Vladimír: Obecné správní právo, Praha ASPI 2004, S. 177 f.; zum Begriff der Gewerbekontrolle Staša, J./Srbová, V.: a. a. O., § 60 a, S. 297; vgl. auch das Stichwort „Kontrolle der öffentlichen Verwaltung“ („*kontrola veřejné správy*“) bei Průcha, P.: a. a. O., S. 146.

weiter begriffenen bezweckten Tätigkeit durch den Gegenstand der Kontrolle seitens anderer Subjekte. Die Kontrolle in ihrem allgemeinen Sinn gewährleistet die Durchführung sämtlicher notwendiger Tätigkeiten in entsprechendem Umfang, Richtung und Zeit. Die Kontrolle wird festgestellt, inwieweit der existierende Zustand dem entspricht, was sein sollte oder sein soll, wird festgestellt mit den Ursachen der Nichterfüllung einschlägiger Pflichten, und aus dem festgestellten Zustand werden Schlüsse abgeleitet und die gehörigen Maßnahmen bestimmt.

Mit der Kontrolle der Verwirklichung der Gewerbeberechtigung, die im Wesentlichen in der Kontrolle der Einhaltung der Bedingungen der gewerblichen Unternehmung liegt, rechnet das Gewerbegesetz bereits seit seiner Verabschiedung im Jahr 1991. Die Bedeutung dieser Kontrolle ist darin zu sehen, dass sie gemeinsam mit der Bestimmung der Bedingungen der gewerblichen Unternehmung den Gegenstand der Regelung des Gesetzes über das gewerbliche Unternehmen ausfüllt, und wird so in gewissem Sinn ein Gegengewicht des Bedingungsregimes der gewerblichen Unternehmung und damit auch eine unvertretbare Funktion der Gewerbeverwaltung. Das Institut der „Gewerbekontrolle“ („živnostenská kontrola“)<sup>1245</sup> wurde durch das Gewerbegesetz in seiner ursprünglichen Gestalt eher nur eingeführt, als dass es sie auch in gehöriger Weise definiert näher geregelt oder zumindest bestimmt hätte. Aus der Natur der vorausgesetzten Kontrolle war aber ableitbar, dass zu ihrer Ausführung immer die gegenständlichen Gewerbebehörden zuständig sind und es der Natur nach um die staatliche Kontrolle geht, auf die auch notwendig das rechtliche Regime der sog. staatlichen Kontrolle (*státní kontrola*) anzuwenden ist.<sup>1246</sup>

Das rechtliche Regime der Kontrolle im Sinne der Regelung durch das Gewerbegesetz (vgl. auch dessen §§ 60 a bis 60 d) umfasst notwendig sowohl dessen materiellrechtlichen Teil als auch dessen prozessrechtlichen bzw. prozeduralen Teil. Während der materiellrechtliche Teil dieses Regimes vor allem aus dem Inhalt der gewerberechtlichen Regelung selbst abzuleiten ist, ist dem beim prozeduralen Teil dieses Regimes nicht so.<sup>1247</sup> Dem Gewerbegesetz selbst kann aber entnommen werden, dass die Kontrolle der Einhaltung der Pflichten der gewerblich tätigen Unternehmer neben den Gewerbebehörden nach besonderen Vorschriften, d. h. in gehörigem Umfang und mit entsprechender Zielrichtung auch durch verschiedenste

---

<sup>1245</sup> Unter Gewerbekontrolle wird nach Průcha, P.: a. a. O., S. 125 die Kontrolle der Verwirklichung der Gewerbeberechtigung bzw. die Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen Pflichten der gewerblich unternehmenden Subjekte verstanden. Außerdem sind die Gewerbebehörden höherer Ebene darüber hinaus im Rahmen ihrer Kontrollgewalten berechtigt, die Kontrolle der Tätigkeit von Gewerbebehörden niedrigerer Stufe(n) als Kontrolle der Ausübung der sog. Gewerbeverwaltung (tzv. živnostenská správa). Zur Verwirklichung einer solchen Kontrolle vgl. z. B. Urban, V.: Kontrola výkonu státní správy, živnostenské podnikání v r. 1994, Státní správa a samospráva, Nr. 10/1995, S. 12.

<sup>1246</sup> Dies wurde durch die Gesetzesnovelle Nr. 286/1995 Slg. bestätigt.

<sup>1247</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 125.

spezialisierte Organe ausgeübt wird (z. B. Organe der Hygienedienste, Inspektion der Arbeitssicherheit, Landwirtschafts- und Lebensmittelinspektion, Handelsinspektion etc.)<sup>1248</sup>.

Nach den geltenden Regelungen (§§ 60 a, 60 b und 60 c in Verbindung mit den §§ 2 und 3 des Gewerbegesetzes) obliegt den Gewerbebehörden, die Gewerbekontrolle im Rahmen ihres Wirkungsbereichs und durch Vermittlung ihrer Mitarbeiter, gerichtet auf die Erfüllung der sowohl sich aus dem Gewerbegesetz als auch sich auf das gewerbliche Unternehmen beziehenden besonderen Vorschriften ergebenden Pflichten sowie der in der Konzessionsurkunde bestimmten Bedingungen<sup>1249</sup>, auszuführen.

Soweit es um die Ausübung der Kontrolle, d. h. deren prozedurales Regime geht, richtet sich dies nach dem Gesetz Nr. 552/1991 Slg., über die staatliche Kontrolle, wobei im gegenständlichen Zusammenhang ausdrücklich insbesondere die Anwendung der Bestimmungen der §§ 8 bis 26 in Betracht kommt, die im Wesentlichen die sog. Kontrollordnung (*kontrolní řád*) festlegen.

Der Natur nach ist die Gewerbekontrolle sog. Verwaltungskontrolle (*správní kontrola*), wenn die Gewerbebehörden als kontrollierende Subjekt der öffentlichen Verwaltung handeln und diese Kontrolle auf die Erfüllung der Pflichten der gewerblich tätigen Subjekte als außerhalb der einschlägigen hierarchischen Beziehungen der öffentlichen Verwaltung stehende Subjekte des Verwaltungsrechts gerichtet ist. Daraus ergibt sich die öffentlichrechtliche Natur dieser Kontrolle, ihrer Maßnahmen oder Folgen.<sup>1250</sup>

Diese öffentlichrechtliche Natur des Regimes dieser Kontrolle wird spezifiziert durch die bereits erwähnte Kontrollordnung, die im Wesentlichen überwiegend prozessuale Bestimmungen, also prozeduraler Natur umfasst.

Das Gesetz über die staatliche Kontrolle ermöglicht aber nicht, dass die Kontrollorgane selbst Maßnahmen zur Ausbesserung der festgestellten Mängel verabschieden, sondern setzt nur den Erlass von Anträgen nach solchen Maßnahmen bei den Organen voraus, die zur Entscheidung über deren Auferlegung zuständig sind. Die Kontrollorgane unmittelbar nach dem zitierten Gesetz verfügen aufgrund ihrer „Korrektur-“ Berechtigungen nur über die Berechtigung, den einschlägigen

---

<sup>1248</sup> Vgl. ausführlich Průcha, P.: a. a. O., S. 126.

<sup>1249</sup> In der Gewerbeurkunde können keine weiteren Bedingungen bestimmt werden (vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 126).

<sup>1250</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 126 ff. auch zur Notwendigkeit der schriftlichen Beauftragung der die Kontrolltätigkeit ausübenden Mitarbeiter der Gewerbebehörden und den inhaltlichen Anforderungen an die Beauftragung sowie der Ausübung der Kontrolltätigkeit (einschließlich der Abfassung von Kontrollprotokollen und des Instituts der sog. Einwendungen (*námitky*)) nach dem Gesetz über die staatliche Kontrolle im Einzelnen.



Personen Ordnungsgeldbußen (*pořádkové pokuty*) für die Nichtgewährleistung der Kooperation mit den kontrollierenden Mitarbeitern aufzuerlegen.<sup>1251</sup>

Nach der geltenden Gewerbekontrolle ist der Umfang der Berechtigungen der Gewerbebehörden, genauso auch der kontrollierenden Mitarbeiter der Gewerbebehörden, weiter. Außer den oben erwähnten Geldbußen nach dem Gesetz über die staatliche Kontrolle können die Gewerbebehörden weitere Maßnahmen verabschieden (z. B. die Beseitigung von beim Gewerbebetrieb festgestellten Mängeln, Geldbußen auferlegen, die Einstellung des Gewerbebetriebs, gegebenenfalls auch die Aufhebung der Gewerbeberechtigung verfügen). Darüber hinaus besteht unter bestimmten Bedingungen die Möglichkeit, unmittelbar vor Ort Geldbußen *en bloc*<sup>1252</sup> aufzuerlegen.

Die Kontrolltätigkeit muss im Einklang mit ihren Zielen, insbesondere der Effektivität (*efektivnost*) und Zweckmäßigkeit (*účelnost*) verfolgt werden. Daraus ergibt sich, dass die Kontrolle rationell (*racionalní*), z. B. eher öfter oder unkoordiniert<sup>1253</sup>, gegebenenfalls unvorbereitet zu erfolgen hat.<sup>1254</sup>

Das Gewerbegesetz geht davon aus, dass die Gewerbebehörden auch mit der Berechtigung ausgestattet sein müssen, bei der Feststellung von Verletzungen der Rechtspflichten korrigierende Abhilfe verschaffen zu können, damit die Gewerbebehörden ihre Aufgaben richtig erfüllen. Dabei ist der Rückgriff<sup>1255</sup> auf die entsprechenden Unternehmer seitens der Gewerbebehörden von entscheidender Bedeutung. Der Natur nach geht es in diesen Fällen um die Geltendmachung der sog. verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit (*správně právní odpovědnost*) in Form der Auferlegung sog. Verwaltungssanktionen (*správní sankce*).<sup>1256</sup>

Die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit ist eine spezifische Art der rechtlichen Verantwortlichkeit.<sup>1257</sup> Sie kommt dann in Betracht, wenn es zur Störung der durch das Verwaltungsrecht geschützten gesellschaftlichen Beziehungen kommt. Die Entstehung der Verantwortlichkeit wird dabei durch die Entstehung der Verpflichtung dargestellt, Sanktionen zu erleiden und zu ertragen. Daher wird als Grundlage der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit das rechtswidrige Handeln (*protiprávní jednání*) von Subjekten des Verwaltungsrechts angesehen, für das Verwaltungssanktionen auferlegt werden können. Ein solches rechtswidriges Handeln wird als Verwaltungsdelikt (*správní delikt*) und die

---

<sup>1251</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 128.

<sup>1252</sup> Vgl. dazu unten die Auferlegung im sog. Blockverfahren.

<sup>1253</sup> Vgl. Dazu insbesondere § 68 des Gewerbegesetzes.

<sup>1254</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 129.

<sup>1255</sup> In der tschechischen Literatur wird der Begriff "postih" ("Regress, Rückgriff, Verfolgung") verwandt.

<sup>1256</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 129.

<sup>1257</sup> Vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 189 ff., 194.

verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit daher als Verantwortlichkeit für Verwaltungsdelikte bezeichnet.

Dieses Verständnis von verwaltungsrechtlicher Verantwortlichkeit ist nach *Průcha* Ausdruck der sog. retrospektiven Auffassung bzw. der Sanktionskonzeption rechtlicher Verantwortlichkeit, wonach die Verantwortlichkeit erst infolge der Verletzung der rechtlichen Pflicht entsteht und eintritt, und ihre Geltendmachung sich dann in der Auferlegung der Sanktion äußert.<sup>1258</sup> Die Sanktionskonzeption der rechtlichen Verantwortlichkeit ist in diesem Sinn der Gegenpol des sog. aktiven Verständnisses der rechtlichen Verantwortlichkeit, das die Entstehung der Verantwortlichkeit auf das Ereignis der Entstehung der primären rechtlichen Pflicht legt, d. h. in das Stadium, als diese Pflicht noch verletzt werden konnte. Das Wesen der auf die Weise zuvor begriffenen verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit, entsprechend wie die rechtliche Verantwortlichkeit allgemein, ist die Existenz ungünstiger Folgen für den Störer der rechtlichen Pflichten. Die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit und die Verwaltungssanktion beeinflussen sich dabei gegenseitig. Die Verantwortlichkeit tritt als sekundäre Pflicht hervor, die ungünstigen Folgen zu ertragen, die infolge der Verletzung der rechtlichen Primärpflicht entstehen, während die Sanktion in den ungünstigen Folgen selbst liegt.<sup>1259</sup>

Der Sinn der Geltendmachung der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit ist die Beseitigung der durch die Verletzung der rechtlichen Pflicht entstandenen Störung und die Eliminierung der schädlichen Folgen derartigen rechtswidrigen Handelns, mit dem Ziel deren Wiederholung zu vermeiden. Dem muss auch die Weise der Korrektur entsprechen, wobei bei der Geltendmachung der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit zwei Gruppen unterschieden werden können.

Eine Gruppe von Fällen stellt die Verletzung von Pflichten dar, bei denen die Natur der verursachten Störung die Möglichkeit ihrer faktischen rückwirkenden Korrektur ausschließt, während bei der zweiten Gruppe der Verletzung von Pflichten die Verschaffung der faktischen Ausbesserung in Betracht kommt. Dem entsprechen auch zwei Gruppen von Verwaltungssanktionen, und zwar Verwaltungsstrafen (*správní tresty*) und rechtserneuernde Verwaltungssanktionen (*správní právoobnovující sankce*), die auf die Erneuerung des sachlichen Rechtszustands abzielen.

---

<sup>1258</sup> So *Průcha*, Pavel: *Správní odpovědnost se zaměřením na problematiku stíhání přestupků*, UJEP Brno 1985, S. 22 ff., 33 ff.

<sup>1259</sup> Vgl. zur Entstehung von sekundären rechtlichen Pflichten *Boguszak, J./ Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 193 f.*

Verwaltungsstrafen werden dabei dort verwandt, wo Korrekturen zu erreichen anders als durch Korrektur des Subjekts der Verletzung der rechtlichen Pflicht unmöglich ist, Verwaltungssanktionen erneuernder Natur kommen demgegenüber dort in Betracht, wo die faktische, sachliche Korrektur möglich ist. Nach der Natur des konkreten Verwaltungsdelikts können einzelne Arten von Verwaltungssanktionen dann entweder selbständig oder in gegenseitiger Kombination geltend gemacht werden. Das hängt damit zusammen, dass die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit als deliktische Verantwortlichkeit im Innern kein homogenes Ganzes und gerade umgekehrt verhältnismäßig ausgeprägt im Innern strukturiert ist. In ihrem Rahmen werden einzelne Subsysteme verwaltungsrechtlicher Verantwortlichkeit gebildet, die in Anknüpfung an einzelne Arten von Verwaltungsdelikten ausgegliedert sind, und zwar mit unterschiedlichen Verwaltungssanktionen und auch mit einer unterschiedlichen Weise ihrer Geltendmachung.<sup>1260</sup>

Im System verwaltungsrechtlicher Verantwortlichkeit sind im Hinblick auf die geltende Regelung notwendig einerseits die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit für sog. Übertretungen (*tzv. přestupky*) und andererseits die verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit für sog. andere Verwaltungsdelikte (*tzv. jiné správní delikty*), mit einigen ausgeprägten Untergruppen, zu unterscheiden.<sup>1261</sup>

Im Hinblick auf das rechtliche Regime der Geltendmachung des Rückgriffs auf die Unternehmer seitens der Gewerbebehörden zeigt, dass dieses Regime konkreter Ausdruck allgemein aufgefasster verwaltungsrechtlicher Verantwortlichkeit mit gewisser Differenzierung im Innern ist. Vor allem qualifiziert das Gewerbegesetz die Verletzung gegenständlicher Pflichten als ausschließlich sog. andere Verwaltungsdelikte, was nicht nur ihrem einschlägigen materiellrechtlichen, sondern auch prozessrechtlichen Regime entspricht. Materiellrechtlich wird zwischen in der sog. unberechtigten Unternehmung (*neoprávněné podnikání*) (§§ 61 ff. des Gewerbegesetzes) und in der Verletzung sog. anderer Bestimmungen des Gesetzes (*jiná ustavení zákona*) (§ 65 des Gewerbegesetzes) liegenden Verwaltungsdelikten differenziert.

In diesem Zusammenhang brachte das Verständnis der Verletzung gegenständlicher Pflichten zusammengefasst als sog. andere Verwaltungsdelikte erst die Novellierung des Gewerbegesetzes durch das Gesetz Nr. 286/1995 Slg. In dieser Zeit rechnete die gewerberechtliche Regelung bei

---

<sup>1260</sup> Vgl. insbesondere auch zu den Subsystemen der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit Váňa, V.: a. a. O., S. 18 ff., 24 ff.

<sup>1261</sup> Vgl. zum Verwaltungsstrafrecht Sládeček, V.: a. a. O., S. 149 ff.

der Verletzung von sich aus dem Gewerbegesetz ergebenden Pflichten sowohl mit sog. anderen Verwaltungsdelikten als auch mit Übertretungen.<sup>1262</sup>

Insoweit ist auf die Gründe zu verweisen, die den Gesetzgeber zur Differenzierung des Regimes im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit führen.<sup>1263</sup> Die klassischen Verwaltungsdelikte natürlicher Personen sind Übertretungen (*přestupky*) als Verwaltungsdelikte, die in gewissem Maße als kodifizierte und benannte bezeichnet werden könnten. Die anderen Verwaltungsdelikte werden gewöhnlich als sog. andere Verwaltungsdelikte (*tzv. jiné správní delikty*) bezeichnet, die im Innern jeweils heterogen, nicht kodifiziert und auch in der Regel unbenannt sind. Unter ihnen kommen sowohl sog. andere Verwaltungsdelikte natürlicher Personen als auch Verwaltungsdelikte juristischer Personen in Betracht. In der letzten Zeit wird in der geltenden Regelung ein weiteres relativ selbständiges Subsystem von Verwaltungsdelikten nachgefragt, die insoweit als Verwaltungsdelikte von Unternehmen zu bezeichnen möglich wäre. In der früheren Regelung der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit wurde bei ihrer Differenzierung vor allem davon ausgegangen, dass die Verwaltungsdelikte natürlicher Personen, deren Schwerpunkt in Übertretungen erblickt wurde und bis heute erblickt wird, gesellschaftlich weniger schwerwiegend bzw. gefährlich sind als Verwaltungsdelikte von Organisationen bzw. juristischen Personen, und zwar im Hinblick auf den potentiellen Umfang der Tätigkeit und den damit verbundenen Umfang möglicher schädlicher Folgen, von denen auch wesentlich strengere Sanktionen als im Fall des Rückgriffs auf natürliche Personen abhängen.<sup>1264</sup>

Im Hinblick auf die Prinzipien der gegenwärtigen Regelung der Unternehmung, wenn der Umfang der unternehmerischen Tätigkeit natürlicher Personen im Vergleich zu juristischen Personen nicht beschränkt wird, zeigt es sich als unbegründet, verschiedene, und zwar weniger strenge verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeitsregime für den Unternehmer einer natürlicher Person als für den Unternehmer einer juristischen Person zu wählen.

Das Institut der Übertretungen kam konkret in Fällen der sog. unberechtigten Unternehmung eines bestimmten Umfangs in Betracht, sofern das Subjekt dieser unberechtigten Unternehmung eine natürliche Person war. Die Entwicklung der rechtlichen Regelung, und zwar außer dem Gesetz über die gewerbliche Unternehmung, zeigte die Unbeantwortetheit einer in dieser Weise unterschiedlichen Lösung im Wesentlichen identischer Verantwortlichkeitsfälle,<sup>1265</sup> und sieht daher die Vereinheitlichung des verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeitsregimes bei der unberechtigten Unternehmung natürlicher und juristischer Personen mit Tätigkeiten seit dem 1. Januar 1996 als Schritt in die richtige Richtung an, und zwar im Hinblick auf das Bedürfnis, in ihrem Wesen nach übereinstimmenden Verantwortlichkeitssituationen identische

---

<sup>1262</sup> Fiala, J./Průcha, P.: *Živnostenský zákon*, Bela Frýdek-Místek 1991, S. 85.

<sup>1263</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 131 Fn. 147. Zur Klassifikation von Delikten und rechtlicher Verantwortlichkeit vgl. Boguszak, J./Čapek, J./Gerloch, A.: a. a. O., S. 196 ff.

<sup>1264</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 132 Fn. 147.

<sup>1265</sup> Mates, P.: *Úprava sankcí v novele živnostenského zákona*, *Právní praxe v podnikání*, Nr. 1/1996, S. 22 ff.

Verantwortlichkeitsprinzipien geltend zu machen.<sup>1266</sup> Schlüsselcharakter kommt dabei vor allem der Tatsache zu, dass beim heutigen Verständnis von Verwaltungsdelikten im Regime des Gewerbegesetzes ohne Unterschied für die Entstehung der Verantwortlichkeit für deren Begehen nicht das Verschulden (*zavinění*) entscheidend ist.<sup>1267</sup>

Bei der sog. unberechtigten Unternehmung geht es um die Unternehmen, die nach der geltenden Regelung Gegenstand von Gewerben ist und ohne gehörige Gewerbeberechtigung ausgeübt wird. Es kann dabei sowohl um Fälle gehen, in denen das einschlägige Subjekt, und zwar sowohl eine natürliche als auch juristische Person, niemals eine Gewerbeberechtigung zur gegebenen Unternehmung begründet hatte, als auch um Fälle, in denen sie zwar eine Gewerbeberechtigung begründet hat, sie die konkrete Tätigkeit aber über den Rahmen des Gegenstands dieser Berechtigung hinaus ausübt, sowie letztlich um Fälle, in denen sie dann weiter unternehmerisch tätig ist, obwohl ihre Gewerbeberechtigung erloschen ist.

Zu diesen Fällen entschied das NSS in einem Urteil wie folgt:

„Der Unternehmer unternimmt unberechtigt, wenn er keine Gewerbeberechtigung zum Betreiben der Tätigkeit hat, die ein Gewerbe darstellt, oder wenn er zwar eine Gewerbeberechtigung hat, die aber den Gegenstand der tatsächlich betriebenen Tätigkeit [des Gewerbes] nicht deckt. Wenn der Unternehmer nur eine Berechtigung zum Betreiben eines freien Gewerbes [„Dienste mit speziellen Maschinen“ („*služby speciálními stroji*“)] hat, unternimmt er unberechtigt, wenn er in diesem Rahmen auch eine Tätigkeit ausübt, zu der eine Konzession [„Kraftlastverkehr“ („*silniční doprava nákladní*“)] nötig ist.“<sup>1268</sup>

Als unberechtigte Unternehmung wird nach dem Gewerbegesetz dabei auch das einmalige und gelegentliche Betreiben eines Gewerbes nach der Zeit seiner Einstellung angesehen. Das Gewerbegesetz differenziert beim unberechtigten Unternehmen in Rückgriffe, die ausschließlich Geldbußen (*pokuty*) darstellen, vor allem danach, ob das verantwortliche Subjekt eine juristische oder natürliche Person ist, und weiter im Rahmen der in dieser Weise ausgebildeten Regime noch nach dem Gegenstand der unberechtigten Unternehmung im Hinblick auf seine Verbindung zu den einzelnen Gewerbearten.

---

<sup>1266</sup> Nach Průcha, P.: a. a. O., S. 132 Fn. 149 rechnet die Bestimmung des § 63 a des Gewerbegesetzes, die den Sachverhalt des unberechtigten Unternehmens natürlicher Personen regelt, ausdrücklich damit, dass durch die gegenständliche Bestimmung die strafliche Verantwortlichkeit nicht betroffen wird. Damit muss auch das Regime des Rückgriffs der unberechtigten Unternehmung juristischer Personen in Verbindung mit gegebenenfalls straflichem Rückgriff auf verantwortliche natürliche Personen aus persönlicher „Grundlage“ juristischer Personen rechnen.

<sup>1267</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 132.

<sup>1268</sup> Urteil des NSS vom 19.11.2003, Gz. 7 A 87/2002-29.

Den mildesten in Betracht kommenden Rückgriff bestimmt das Gewerbegesetz für das unberechtigte Unternehmen bei Tätigkeiten, die Gegenstand eines freien Anmeldungsgewerbes sind, den strengsten Rückgriff dann bei Tätigkeiten, die Gegenstand eines konzessionierten Gewerbes sind.<sup>1269</sup> Die rechtliche Regelung ist offensichtlich so konzipiert, dass sie eine nötige Differenzierung nach der Art und Schwere der Verletzung der einschlägigen rechtlichen Pflichten ermöglicht (vgl. die für das Verwaltungsermessen in den §§ 62 Abs. 4 und 63 a Abs. 4 des Gewerbegesetzes bestimmten Gesichtspunkte zum Umfang, zur Schwere, Weise, Zeitdauer und zu den Folgen des rechtswidrigen Handelns („*k rozsahu, závažnosti, způsobu, době trvání a následkům protiprávního jednání*“))<sup>1270</sup>.

Neben den Fällen, bei denen der Rückgriff auf Subjekte für unberechtigte Unternehmung im Anwendungsbereich des Gewerbegesetzes in Betracht kommt, gedenkt dieses Gesetz weiter auch Rückgriffen auf betreffende Subjekte bei der Verletzung anderer im Gewerbegesetz bestimmter Pflichten. Die Aufzählung der Pflichten, deren Verletzung die Gewerbebehörde in dieser Weise verfolgen kann, ist in der gegebenen Bestimmung des Gesetzes taxativ aufgeführt, d. h. ausdrücklich, und dabei so gewählt, dass sie alle sich aus der Gewerbe- oder Konzessionsurkunde sowie aus dem Gewerbegesetz selbst ergebenden entscheidenden Pflichten abdeckt.

Rückgriffe, die in diesen Fällen in Betracht kommen, repräsentieren ausschließlich Geldbußen, deren Höhe nach der Schwere der Pflichtverletzungen abgestuft ist, und die Gewerbebehörde kann dann weiter noch im Rahmen der einschlägigen durch das Gesetz bestimmten Spanne der Geldbußen ihre konkrete Höhe vor allem im Hinblick auf die Art und weitere Umstände des rechtswidrigen Handelns bestimmen.<sup>1271</sup>

Das Gewerbegesetz differenziert im Fall dieser Verletzungen von rechtlichen Pflichten nicht zwischen Subjekten als juristischen oder natürlichen Personen, sondern spricht einheitlich nur von Unternehmern. Das bedeutet, dass im Sinne dieser Bestimmung sowohl die Unternehmer in der Stellung von juristischen Personen als auch Unternehmer in der Stellung natürlicher Personen übereinstimmend verfolgt werden können.<sup>1272</sup>

---

<sup>1269</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 133 auch zu den höchstmöglichen Geldbußen.

<sup>1270</sup> Vgl. Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 62, zu Abs. 4, S. 301, § 63 a, zu Abs. 4, S. 302.

<sup>1271</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 133 auch zu den Obergrenzen der Geldbußen.

<sup>1272</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 134, der auch die Neuerung hinsichtlich der – zwar erweiterten, aber nicht unproblematischen – Verfolgung des verantwortlichen Vertreters durch die Gesetzesnovelle Nr. 286/1995 Slg. ausführt.

Aus dem oben angeführten Verständnis der durch die Verwaltungsorgane auferlegten Sanktionen erfüllen die durch das Gewerbegesetz geregelten Geldbußen vor allem eine „Straf“-Funktion (*funkce „trestající“*), durch die die Korrektur dessen verfolgt wird, der die gegenständliche Pflicht verletzt hat. Diesen Sanktionen kann unmöglich eine „rechtserneuernde“ (*„právoobnovující“*) Zielrichtung abgestritten werden, nichtsdestotrotz führt die Auferlegung der einschlägigen Geldbußen selbst dort, wo die Erneuerung des Rechtszustandes erwünscht wäre, nicht automatisch zur Erneuerung. Das ist in der Praxis vor allem das Problem der Wiederholung bzw. der Fortsetzung der unberechtigten Unternehmung einiger Subjekte, und zwar trotz des auferlegten Regresses.<sup>1273</sup>

Das Gesetz über die gewerbliche Unternehmung reflektiert im Zusammenhang mit der Regelung der angeführten ihrer Natur nach materiellrechtlichen Aspekte der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit der Unternehmer auch die prozessrechtlichen Aspekte der gegenständlichen Verantwortlichkeitsregime. Das Gewerbegesetz schreibt ausdrücklich vor, dass im Fall der durch die Gewerbebehörde bei unberechtigter Unternehmung auferlegter Geldbußen das gegebene Verfahren nur in dem Jahr ab dem Tag beginnen kann, als die Gewerbebehörde von der unberechtigten Unternehmung erfahren hat, spätestens aber in fünf Jahren ab dem Zeitpunkt, wenn es zur Verletzung gekommen ist oder diese unberechtigte Unternehmung noch andauert (§ 66 Abs. 1 des Gewerbegesetzes).

Im Fall der durch die Gewerbebehörde bei der Verletzung anderer rechtlicher Pflichten auferlegter Geldbußen kann das gegebene Verfahren wiederum nur in dem Jahr ab dem Tag beginnen, wenn die Gewerbebehörde von der Verletzung der sog. anderen rechtlichen Pflicht erfahren hat, spätestens aber in drei Jahren ab dem Tag, wenn diese Tatsache noch andauert und wenn es sich um die Nichterfüllung einer Pflicht in der durch das Gewerbegesetz bestimmten Frist handelt, spätestens in drei Jahren ab dem Tag, wenn die für die Erfüllung der Pflicht durch das Gewerbegesetz bestimmte Frist abgelaufen ist (§ 66 Abs. 2 des Gewerbegesetzes).

Im Weiteren richtet sich das Vorgehen bei der Auferlegung der Geldbußen nach dem Gewerbegesetz gegenüber Unternehmern nach den Bestimmungen der sog. Verwaltungsordnung (VwO) (vgl. § 71 Abs. 1 des Gewerbegesetzes, der nunmehr auf das Gesetz Nr. 500/2004 Slg., die neue VwO mit Wirkung ab 1. Januar 2006 verweist).

Die Novellierung des Gewerbegesetzes durch das Gesetz Nr. 286/1995 Slg. hat dieses „unverkürzte“ Verfahren (*„nezkrácené řízení“*) über die Auferlegung von Geldbußen - und zwar

---

<sup>1273</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 135.

namentlich für Fälle der Verfolgung der Verletzung sog. „anderer Bestimmungen des Gesetzes“ („*tzv. jiných ustanovení zákona*“) - um die Möglichkeit der Geltendmachung des Blockverfahrens (*blokové řízení*) als „verkürztes“ Verfahren („*zkrácené*“ *řízení*) erweitert. Diese Lösung ist nach *Průcha*<sup>1274</sup> mit ihrer Operabilität zweifellos geeignet, und als Rückgriff kommt sie dort in Betracht, wo die Verletzung der gegenständlichen Pflichten zuverlässig festgestellt wird, zur Korrektur die Absprache nicht genügt und das Subjekt der Pflichtverletzung der Geldbuße bereitwillig entgegensieht, anstatt zu zahlen. Darüber hinaus ist Bedingung für diese Lösung des Rückgriffs, dass das zuständige Organ die mögliche Höhe im Blockverfahren für ausreichend befindet.

Das Gewerberecht regelt darüber hinaus auch Rückgriffe wegen der Verletzung prozessrechtlicher Pflichten bzw. von Pflichten mit Ordnungscharakter (*pořádkovou povahou*), die Ordnungsgeldbußen (*pořádkové pokuty*) nach sich ziehen können.<sup>1275</sup>

Die Zuständigkeit der Gewerbebehörden zur Auferlegung von Geldbußen nach dem Gewerbegesetz wird durch die geltende Regelung so verteilt, dass die gegenständlichen Geldbußen in vollem Umfang den allgemeinen Gewerbebehörden obliegen, die Kreisgewerbebehörden entscheiden dann gegebenenfalls über die Berufungen.

Gemeinsamer Zug des ganzen Regimes der durch das Gewerbegesetz geregelten verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit ist, dass die Auferlegung des Rückgriffes gegenüber den verantwortlichen Subjekten auf sog. Verwaltungsermessen (*správní uvážení*) begründet ist.<sup>1276</sup> Aus dem Wortlaut der geltenden rechtlichen Regelung kann auf den ersten Blick abgeleitet werden, dass den Rückgriff nach dem Gewerbegesetz aufzuerlegen das Recht (*právo*) der Gewerbebehörde darstellt, nicht aber seine Pflicht (*povinnost*). Es ist somit immer Sache des Ermessens der Gewerbebehörde, ob die Pflichtverletzung, die erfasst werden kann, nach Begehung zutrifft oder nicht.

Das ist unstreitig als erwünschter Ausdruck der Stellung und Berufung der Gewerbebehörden zu bewerten möglich.<sup>1277</sup> Diese können so, als Träger der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Gewalt bei Erfüllung ihrer Aufgaben in entsprechender und angemessener Weise reagieren. Auf der anderen Seite wird das Verfahren der Auferlegung von Geldbußen von Amts wegen (*z moci úřední*) eingeleitet, und daher muss die Gewerbebehörde immer, wenn es von einer

---

<sup>1274</sup> Vgl. *Průcha*, P.: a. a. O., S. 135.

<sup>1275</sup> Vgl. dazu näher *Průcha*, P.: a. a. O., S. 136.

<sup>1276</sup> Vgl. *Průcha*, P.: a. a. O., S. 136; vgl. auch *Staša, J./Srbová, I.*: a. a. O., bei den jeweils einschlägigen Vorschriften.

<sup>1277</sup> So *Průcha*, P.: a. a. O., S. 136.



einschlägigen Pflichtverletzung erfährt, ermessen (*zvážit*), ob es das Verfahren der Auferlegung einer Geldbuße einleitet oder nicht. Zur Nichteinleitung eines solchen Verfahrens kann es der Natur der Sache nach dann nur in ganz ausnahmsweise eintretenden und begründeten Fällen kommen. Im Hinblick auf den Grundsatz, dass in entsprechenden Angelegenheiten entsprechend zu verfahren ist, schlägt dann in der Regel das erwähnte Recht in eine Pflicht um, bei festgestellter Verletzung von Pflichten die Geldbuße aufzuerlegen.<sup>1278</sup>

Die eigentliche Auferlegung von Geldbußen wird von einigen gemeinsamen Grundsätzen beherrscht bzw. begrenzt.<sup>1279</sup> So gilt namentlich in den Fällen, wenn es um die Auferlegung von Geldbußen für unberechtigte Unternehmung geht, dass bei der Bestimmung der konkreten Höhe der Geldbuße – wie zum Teil bereits erwähnt – im Rahmen der bestimmten gesetzlichen Spanne vor allem der Umfang, die Schwere, die Weise, die Zeitdauer und die Folgen des rechtswidrigen Handelns zu berücksichtigen sind. In Fällen der Auferlegung von Geldbußen für sog. andere Verletzungen von Pflichten gilt dann, dass die Gewerbebehörde sich im Fall der Auferlegung der Geldbußen für gewöhnliche Verletzungen des Gesetzes durch die begehende Person im gemeinsamen Verfahren vom sog. Absorptionsgrundsatz (*tzv. absorpční zásada*) leiten lässt, d. h. dass es die Sanktion nach der sich auf die am strengsten gefasste Verletzung der Pflicht beziehenden Bestimmung auferlegt.

Dabei geht es in der tschechischen Rechtsordnung in diesem Fall – bei den sog. anderen Verwaltungsdelikten – um die ganz ausnahmsweise auftretende Situation der in dieser Weise gewählten Lösung. Diese ist aus der rechtlichen Regelung der Übertretungen (des Gesetzes Nr. 200/1990 Slg.) bekannt, nichtsdestoweniger ist ihre analoge Anwendung auf das Regime der sog. anderen Verwaltungsdelikte allgemein nicht möglich, nicht nur wegen der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Analogie<sup>1280</sup>, sondern auch deshalb, weil die bestehende prozessrechtliche Regelung kein allgemeines Regime eines sog. gemeinsamen Verfahrens (*tzv. společné řízení*) kennt.

In diesem Zusammenhang ist allerdings nicht uninteressant, dass sich die Judikatur hierzu gegenteilig äußerte:

„Wenn durch eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung der Sachverhalt mehrerer Verwaltungsdelikte [parallel (*souběh*)] erfüllt wird, zu deren Verhandlung dasselbe Verwaltungsorgan zuständig ist, verfährt dieses Verwaltungsorgan analog gemäß der Bestimmung des § 12 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 200/1990 Slg. über Übertretungen und erlegt die Sanktion im

<sup>1278</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 136.

<sup>1279</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 137.

<sup>1280</sup> Vgl. zum Analogieverbot im öffentlichen Recht Průcha, Petr: a. a. O.

Ausmaß des strengsten zusammenfallenden Strafdelikts [Absorptionsgrundsatz (*absorpční zásada*)] auf, wenn ein besonderes Gesetz nichts Anderes bestimmt.<sup>1281</sup>

Im Zusammenhang mit dieser Problematik wird – theoretisch wie praktisch nicht durch die Strenge der Sanktion, sondern durch das Bewusstsein ihrer Abwendbarkeit<sup>1282</sup> - aber die Effektivität der geltendgemachten Verantwortlichkeit durch die tatsächlichen Möglichkeiten der Erzwingbarkeit<sup>1283</sup> der Erstattung der gegenständlichen Geldbußen beschränkt.

Zusammenfassend ist der Literatur beizupflichten, dass die Bedingungen der gewerblichen Unternehmung und die Kontrollgewalt der Gewerbebehörden in erster Linie die Begrenzung des Rahmens bzw. der Regeln des positiven Verhaltens der Subjekte der gewerblichen Unternehmung verfolgen und erst sekundär einem Korrekturmechanismus dienen, der einerseits zuverlässig funktioniert, andererseits ausreichend Raum für angemessene Differenzierung lässt.<sup>1284</sup>

## **II. Verwaltungsermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Gewerberecht**

Nachfolgend sind Bedeutung sowie Funktion von Verwaltungsermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen im tschechischen Gewerberecht zu untersuchen, bevor ausgewählte auftretende Erscheinungsformen des Verwaltungsermessens in gewerberechtlichen Normen sowie die zahlreich verwendete unbestimmte Rechtsbegriffe zu beleuchten sind. Abschließend ist die Entscheidungspraxis der Verwaltung in gewerberechtlichen Angelegenheiten zu behandeln.

### **1. Die Bedeutung und Funktion von Verwaltungsermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen im Gewerberecht**

---

<sup>1281</sup> Urteil des Prager Obergerichts vom 22.12.1995, Gz. 6 A 216/93-34.

<sup>1282</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 137.

<sup>1283</sup> Prozessual ist das Exekutiv-Regime (*exekuční režim*) des Gesetzes Nr. 337/1992 Slg., über die Steuer- und Abgabenverwaltung (vgl. dessen Teil Sechs) anzuwenden.

<sup>1284</sup> Vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 138.

Auch im tschechischen Gewerberecht läuft bei der Ausübung öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft die Tätigkeit staatlicher Organe bei der Rechtsnormanwendung häufig auf einen rechtlichen Erwägungsvorgang hinaus. Als privatrechtsgestaltende wirtschaftsverwaltungsrechtliche Akte der Verwaltung hängen z. B. insbesondere bei verschiedenartigen Zulassungsentscheidungen für bestimmte gewerbliche bzw. berufliche Tätigkeiten aufgrund von Genehmigungs-, Erlaubnis- oder Lizenzierungsvorbehalten diese präventiven Entscheidungen von prognostischen Einschätzungen ab.<sup>1285</sup> Bei der Anwendung einer Rechtsnorm bemüht sich das staatliche Verwaltungsorgan dabei, diese in das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben hineinzuprojizieren. Im Anwendungsvorgang durch die Organe der öffentlichen Gewalt werden abstrakte Normen folglich zu konkreten Entscheidungen transformiert.<sup>1286</sup>

Die öffentliche Verwaltung hat dabei unterschiedliche Probleme des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens, Probleme in den Beziehungen Einzelner und von Gruppen zu lösen. Diesen Aufgaben entsprechend muss die staatliche Verwaltung gerade auf dem Gebiet der Regulierung wirtschaftlicher Betätigung durch Rechtsnormen auch einen bestimmten ausreichenden Spielraum haben, damit sie elastisch reagieren und die entstandenen Beziehungen steuern kann. Darum geben die Gesetze der Verwaltung insbesondere bei ihrer Entscheidungstätigkeit in einzelnen administrativen Rechtsverhältnissen die Möglichkeit, eine solche rechtliche Regelung auszuführen und eine Weise zu wählen, die sie zur Erreichung des Bestimmungszwecks als am geeignetsten ansieht.<sup>1287</sup>

In vielen Fällen wird die staatliche Verwaltung angerufen, obrigkeitsstaatlich über die materiellrechtliche Situation der Beteiligten zu entscheiden. Wie oben ausgeführt, spielt bei der Ausfüllung von der öffentlichen Verwaltung zugestandenen Spielräumen neben den sog. unbestimmten Rechtsbegriffen das Verwaltungsermessen („*správní uvážení*“) eine besondere Rolle, das den Verwaltungsorganen ermöglichen soll, mehrere unterschiedliche zum beabsichtigten Erfolg führende Alternativen auszuwählen und anzuwenden.

## 2. Verwaltungsermessen in gewerberechtlichen Normen

---

<sup>1285</sup> Für das deutsche Wirtschaftsverwaltungsrecht vgl. bspw. Badura, Peter: Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 2. völlig neu bearbeitet Auflage, Mohr Siebeck Tübingen 2005, Rn. 189, 190.

<sup>1286</sup> So Horzinková, Eva: *Koncesní systém v živnostenském podnikání* (Konzessionssystem in der Gewerbeausübung), Praha Anag 2002, S. 69.

<sup>1287</sup> Vgl. Horzinková, E.: a. a. O.

Gerade im Bereich der staatlichen Wirtschaftsverwaltung gibt es eine Vielzahl von Entscheidungsprozessen; einige von ihnen besitzen obligatorischen, einige fakultativen Charakter. Auch im tschechischen Gewerberecht werden – wie bereits gezeigt – insoweit rechtlich gebundene Verwaltungsakte und aufgrund von Verwaltungsermessen erlassene unterschieden.

Diese Unterscheidung ist gewissermaßen relativ, aber dennoch ist sie wichtig, denn zwischen den beiden Verwaltungsakten besteht, soweit es um ein „Ermessen“ geht, ein großer Unterschied.<sup>1288</sup> Wie in Teil B. dieser Untersuchung ausgeführt, ist – mit der neueren Literatur – dabei gerade ein rechtsdogmatischer Unterschied zwischen sog. Verwaltungsermessen und sog. unbestimmten Rechtsbegriffen anzunehmen.

Im Folgenden wird aufgezeigt, dass diese wesensmäßige Differenzierung vor dem Hintergrund vor allem der verwaltungsgerichtlichen Tradition eines sog. weiten Ermessensverständnisses – in der mit dem rechtsdogmatisch unselbständigen Begriff des freien Ermessens „operiert“ wurde bzw. wird – bis heute nicht konsequent vorgenommen wird, obwohl sich ausreichend Anhaltspunkte auch bereits in der älteren Judikatur finden lassen.

Als Beispiel einer Entscheidung nur scheinbar nach Verwaltungsermessen aus dem Personenbeförderungsrecht kann die erwähnte Formulierung des damals gültigen Gesetzes Nr. 198/1932 Slg. in der Sache Boh. A 12311/36 herangezogen werden. Dort entsprach die Verwaltungsbehörde nicht dem Begehren des Beschwerdeführers, dass ihm im Sinne dieses damals gültigen Gesetzes erneut eine Konzession zur unperiodischen Personenbeförderung mit dem Automobil, das er bisher in Betrieb hatte. In der Bestimmung des § 37 Abs. 2 des zitierten Gesetzes geregelt, dass „den in diesem Absatz angeführten Gewerbeinhabern die Erteilung der Konzession aus den in den §§ 3, 4 und 6 angeführten Gründen verweigert werden kann“. Nach dem Beschwerdeführer überlässt diese Bestimmung dem Verwaltungsermessen der Konzessionsbehörde, ob sie die Konzession verweigern will oder nicht. Das ehemalige NSS – noch unter der Wendung des freien Ermessens – folgte unter Gebrauch eines *argumentum e contrario* (*argumentu z opaku*) die Unrichtigkeit dieser Ansicht wegen der klaren Abhängigkeit der in §§ 3, 4 und 6 angeführten Gründen nicht so ist. Im Ergebnis wurde also – wenn auch nicht ausdrücklich – ein Verwaltungsermessen verneint.

Im Ergebnis in das Verwaltungsermessen der Verwaltungsbehörde dagegen stellte das ehemalige NSS in der Sache Boh. A 350/40 die behördliche Entscheidung, dem Gesuch eines Ausländers

---

<sup>1288</sup> Vgl. z.B. Pomahač, Richard: *Průvodce veřejnou správou* (Begleiter durch die öffentliche Verwaltung), Praha 1999, S. 121.

auf Erlass der formellen Erlaubnis nach der Gewerbeordnung zur Aufnahme und zum Betrieb eines bestimmten Gewerbes auf dem Gebiet der ČSR zu entsprechen (vgl. § 8 der damaligen Gewerbeordnung), unter ausdrücklicher Verneinung irgendeines Rechtsanspruchs des Gesuchstellers auf Erlaubniserteilung und daher subjektiver Rechtsverletzung des Beschwerdeführers.

Als ebenfalls Verwaltungsermessen zum Ausdruck bringend, stellt sich Erteilung eines Dispenses durch die Verwaltungsbehörde gegenüber dem Bewerber nach der Gewerbeordnung zum Verzicht auf das Erfordernis des Vorweises für die Gewerbeausübung benötigter Belege in der Sache Boh. A 12726/37 dar. Das ehemalige NSS führte aus, dass es im Hinblick auf die Dispenserteilung nicht um die Erfüllung bestimmter materieller Voraussetzungen geht, sondern um freies Ermessen der Behörde, dass sie nach den Umständen des Falles allein darüber entscheidet, ob eine Ausnahme getätigt werden soll. Die Verwaltungsbehörde muss aber dabei ihr Urteil auf ein fehlerloses Verfahren gründen und in der Entscheidung anführen, in welchen Umständen es die Ausnahme erblickt.

Eine Begrenzung des Verwaltungsermessens durch den Gesetzeszweck bezüglich der Erteilung besonderer Bedingungen oder Beschränkungen wurde vom ehemaligen NSS in der Sache Boh. A 548/70 gesehen. Dort erteilte die Verwaltungsbehörde einer bestimmten Firma eine gewerberechtliche Genehmigung zur Herstellung von Walzblechen unter den Bedingungen, dass die Herstellerkapazität nicht erhöht werden soll und dass die neue Walze materialmäßig und maschinell nur auf die Weise ausgestattet sein wird und nur in dem Umfang, wie es die Verwaltungsbehörde bestimmte. Die Bestimmung des § 25 Abs. 1 und 2 des ehemaligen Gesetzes Nr. 131/1936 Slg., über den Staatsschutz, gab der Behörde die Berechtigung, bei der Genehmigung und Billigung von für den Staatsschutz wichtigen Betrieben besondere Bedingungen oder Beschränkungen vorzuschreiben, aber schränkte diese Berechtigung dadurch ein, dass die Bedingungen und Beschränkungen die Unterbringung, Herrichtung und Ausstattung (besonders hinsichtlich der Gewährleistung des Betriebs) dieser Betriebe betreffen sollen. Aus diesen Bestimmungen folgte das ehemalige NSS dann, dass die Behörde die Bedingungen und Beschränkungen nur bestimmten kann, soweit sie den Interessen des Staatsschutzes dienen, denn nur und ausschließlich zu diesem Zweck wurde ihr diese Kompetenz gegeben. Aus dem Angeführten folgte das ehemalige NSS, dass die in § 25 normierte Berechtigung nicht unbegrenzt ist und dass es nicht im – damals freien Ermessen, nunmehr also – Verwaltungsermessen der Behörde liegt, ob sie überhaupt und in welcher Richtung Bedingungen und Beschränkungen bestimmen will, sondern dass sie durch die ausdrücklich in dieser Bestimmung und in § 1 (Definition des Staatsschutzes) bestimmten Grenzen gebunden ist.

Wie bereits erwähnt, wurde von der sog. zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit das Verwaltungsermessen nicht immer klar von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen unterschieden. Im Hinblick auf den unbestimmten Rechtsbegriff der gewerberechtlichen Unbescholtenheit (*bezúhonnost*) wurde entschieden<sup>1289</sup>, dass die Beurteilung, ob der Antragsteller unbescholten ist und folglich die allgemeine Bedingung für den Betrieb eines Gewerbes im Sinne von § 6 Absatz 1 lit. c) des Gewerbegesetzes erfüllt, Sache des Verwaltungsermessens (*správní uvážení*) ist. Richtigerweise ist der Begriff aber gerichtlich voll überprüfbar und ermöglicht daher weder Verwaltungsermessen<sup>1290</sup> noch Beurteilungsspielraum<sup>1291</sup>.

In der im Urteil IV. ÚS 128/94 verhandelten Sache schloss das Verwaltungsorgan auf den Mangel der Zuverlässigkeit des Beschwerdeführers, als einer nach der älteren Regelung besonderen Bedingung des Betriebs eines Konzessionsgewerbes nach § 27 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 455/1991 Slg., über die Gewerbeausübung (Gewerbegesetz), in erster Linie von seiner Beziehung zur Erfüllung der gesetzlichen Pflichten, die der Beschwerdeführer insbesondere dadurch verletzt, dass er auch nach Ablauf der Zeit, für die ihm die Konzessionsurkunde erteilt wurde, unberechtigt unternehmerisch tätig ist.<sup>1292</sup> Wegen Nichtbeachtung der für die Ausübung dieses Rechts bestimmten Bedingungen nach Art. 26 Abs. 2 der Urkunde wurde dem Beschwerdeführer dabei aufgrund von Verwaltungsermessen wegen Widerspruchs seines Verhaltens zu Sinn und Zweck der genannten Bestimmung der entsprechende Grundrechtsschutz versagt. Zutreffend handelte es sich auch hierbei aber um einen sog. unbestimmten Rechtsbegriff.

Hinsichtlich der Unterscheidung in deklaratorische Akte, wenn mit der Ausgabe der Gewerbeurkunde die bereits entstandene Berechtigung deklariert wird (bei sog. Anmeldungsgewerbe) und konstitutiven Akten, auf dem die neue Berechtigung, ein Konzessionsgewerbe (sog. konzessioniertes Gewerbe) zu betreiben, beruht, ist im Anschluss an die Ausführungen von *Jiří Pošvář*, wonach die Lehre vom sog. freien Ermessen der Verwaltungsorgane mit der Frage der konstitutiven (als Akte des freien Ermessens) und

---

<sup>1289</sup> S 128, SP 5/1996.

<sup>1290</sup> A. A. Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 6, zu Abs. 2, S. 167, die sich leider noch an dieser Rechtsprechung orientieren und dessen Ausfüllung ausdrücklich als Sache des Verwaltungsermessens der Behörde bezeichnen.

<sup>1291</sup> Diese Variante wird allerdings nicht problematisiert.

<sup>1292</sup> IV. ÚS 128/94, Seite 1.

deklaratorischen Akte (als durch das Recht gebundene Akte) zusammenhängt<sup>1293</sup>, anzumerken, dass es – wie bereits ausgeführt - unbestritten ist, dass es bei deklaratorischen Akten keinen Raum für Verwaltungsermessen geben kann, da es sich aufgrund der bereits existierenden Berechtigung um eine gebundene Entscheidung handelt und die Berechtigung eindeutig wesentlich mit Anspruchscharakter versieht<sup>1294</sup>, Letzteres allerdings auf den gewerberechtlichen unechten Konzessionsfall aber vor dem Hintergrund der Unternehmerfreiheit ebenfalls zutreffen muss und daher ein Verwaltungsermessen diesbezüglich auszuschließen ist<sup>1295</sup>.

Ergänzend – in Abgrenzung zum Erlaubnisregime (*povolovací režim*)<sup>1296</sup> im Fall der konzessionierten Gewerbe - ist im Hinblick auf die (echte) Konzession anzumerken, dass auf deren Erlass (Erteilung) aber gerade kein Rechtsanspruch besteht. Insoweit steht die Entstehung irgendeiner Berechtigung aufgrund der Konzession also im Verwaltungsermessen des Vollzugsorgans der öffentlichen Verwaltung. Das Gesetz bestimmt dann zumeist bestimmte Gesichtspunkte, von welchen sich die Verwaltungsbehörde beim Erlass der Konzession leiten lassen soll.<sup>1297</sup>

Weitere Unstimmigkeiten zeigen sich auch in der aktuelleren Literatur, die ausführt, dass wenn die Rechtsvorschrift dem zuständigen Organ der öffentlichen Verwaltung aufgibt, eine bestimmte Entscheidung zu erlassen, soweit die Tatsachen voraussehbar waren, von einer Entscheidung mit verpflichtendem Charakter zu sprechen ist.<sup>1298</sup> Insoweit noch akzeptabel, wird an selber Stelle fortgesetzt, dass genauso „wie bei gebundenem Ermessen“ das Gesetz die Entscheidungsfreiheit des Verwaltungsorgans dadurch einschränkt, dass es ihm eine bestimmte Richtung für seine Überlegungen vorgibt, es z. B. die genauen Gesichtspunkte bestimmt, nach denen das Verwaltungsorgan bei seiner Entscheidungstätigkeit zu verfahren hat und es sich also um die Situation handelt, wenn die Rechtsnorm dann die Verknüpfung von bestimmten Tatbeständen nur mit jeweils einer einzig möglichen Rechtsfolge zulässt, die einschlägigen Bedingungen erfüllt sind, das Verwaltungsorgan keine Wahlmöglichkeit hat

---

<sup>1293</sup> Vgl. Pošvář, Jiří: *Obecné pojmy správního práva (Allgemeine Begriffe des Verwaltungsrechts)*, Československý akademický spolek Právnick Brno, 1946, S. 83.

<sup>1294</sup> Vgl. Hendrych, Dušan a kol. (u. a.): *Právnický slovník (Rechtswörterbuch)*, 1. Aufl., C. H. Beck Praha 2001, Stichwort „*subjektivní právo*“ („subjektives Recht“). Eine andere Frage ist die der Ermessensreduktion (in Deutschlang unter dem Begriff „Ermessensreduzierung auf Null“ bekannt).

<sup>1295</sup> Allenfalls kann wieder der Fall eines Beurteilungsspielraums – unter Vornahme der in der Verwaltungsgerichtsbarkeit bereits geschehenen - Übertragung der Überprüfungsregeln für Verwaltungsermessen diskutiert werden.

<sup>1296</sup> Vgl. zur Erlaubnis (*povolení*) im Unterschied zur Zustimmung (*souhlas*) bzw. Genehmigung (*schválení*) und Konzession (*koncese*) Hendrych, D.: a. a. O., Rdnr. 184.

<sup>1297</sup> Vgl. oben zu den Abgrenzungsschwierigkeiten.

<sup>1298</sup> So Horzinková, E.: a. a. O.

und dieser Rechtsfolge Geltung verschaffen muss, indem als Beispiel auf § 58 Abs. 1 lit. c) des Gewerbegesetzes verwiesen wird (danach hebt das Gewerbeamt die Gewerbeberechtigung auf, wenn der Gewerbeausübende darum ersucht). Denn die Wendung „wie bei gebundenem Ermessen“ ist rechtsdogmatisch in diesem Zusammenhang inakzeptabel.

Richtiger gilt für die auf dem Spektrum der Gebundenheit entgegengesetzte Situation, dass wenn eine allgemein verbindliche Rechtsvorschrift es durch ihren Aufbau und Umfang ermöglicht, dass das Organ der öffentlichen Verwaltung eine von mehreren durch die gegebene Rechtsnorm vorgesehenen Rechtsfolgen auswählt, dieses Verwaltungsorgan insoweit von einem sog. Verwaltungsermessen Gebrauch macht.<sup>1299</sup> Das bedeutet, dass es mit der Möglichkeit betraut wird, nach seinem eigenen Ermessen in Anknüpfung an die Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Als Beispiel hierfür kann § 62 Abs. 1 des Gewerbegesetzes angeführt werden, wonach bei unberechtigter Gewerbeausübung eine Geldbuße bis höchstens 500.000 Kč (bis ca. 16.667 €) aufgebürdet werden kann.

Das Verwaltungsermessen wird dabei auch im Gewerberecht eingeführt mit den Worten „kann“ („*může*“), „darf“ („*smí*“) und ermächtigt so das Verwaltungsorgan zur Wahl zwischen mehreren Entscheidungsmöglichkeiten dadurch, dass jede dieser Entscheidungen gleichermaßen der Rechtsnorm entspricht. Bei der Anwendung der Rechtsnorm auf den Einzelfall wird immer in größeren oder kleineren Maße der Grad des Ermessens des Verwaltungsorgans zum Ausdruck gebracht, der in unterschiedlichen Angelegenheiten abweichend ausfallen kann, soweit nicht insbesondere verfassungsrechtliche Bindungen entgegenstehen.

Wie oben bereits ausgeführt, ist eine absolute Bindung durch das Gesetz nicht möglich, weil es unmöglich ist, auf eine so erschöpfende Weise Gesetze zu erlassen und deren Auslegung bereitzustellen, dass alle Zweifel bei seiner Anwendung ausgeräumt sind. Es zeigt sich gerade hier also, dass die Existenz des Verwaltungsermessens auch die Konsequenz daraus ist, dass es auf dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung mit Rücksicht auf die Veränderlichkeit der Aufgaben unmöglich ist, immer die passende und genaue rechtliche Regelung zu liefern. Das heißt, dass bei der Anwendung der Rechtsnorm der staatlichen Verwaltung auf dem Gebiet des Gewerberechts eine gewisse Entscheidungsfreiheit anheim gestellt wird. Der Fortgang des

---

<sup>1299</sup> Vgl. Skulová, Soňa: Rozhodování ve veřejné správě (Entscheiden in der öffentlichen Verwaltung), Mazarykova Univerzita Brno 1995, S. 81.



Verwaltungsorgans hängt dann grundsätzlich davon ab, welche Art der gesetzlichen Regelung der Gesetzgeber wählt.

Von praktischer Bedeutung ist das Verwaltungsermessen auch bei den sog. Hindernissen des Betreibens eines Gewerbes (*překážky provozování živnosti*) nach § 8 des Gewerbegesetzes (z. B. ein Tätigkeitsverbot als sog. absolutes Hindernis<sup>1300</sup>), die sowohl bei der Entstehung der Gewerbeberechtigung als auch im Verlauf<sup>1301</sup> der Ausübung der gewerblichen Unternehmung zu berücksichtigen sind.<sup>1302</sup> Vor allem in den Fällen relativer Hindernisse wie dem des § 8 Abs. 5 in Verbindung mit Absatz 2 Satz 1 und Abs. 3 des Gewerbegesetzes steht es – wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse der Person und ihr Verhalten darauf hindeuten, dass sie beim Betreiben des Gewerbes ihre Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllen wird – im Verwaltungsermessen der Gewerbebehörde, vom entsprechenden relativen Insolvenzhindernis zu dispensieren.<sup>1303</sup>

Weiter kann die Gewerbebehörde fakultativ, d. h. dann, wenn sie zwar nicht die Gewerbeberechtigung aufheben oder den Gewerbebetrieb einstellen muss, aber, soweit im Rahmen des Verwaltungsermessens, zu dem Schluss kommt, dass dies im Sinne einer vorhandenen zu treffenden Wahlmöglichkeit erwünscht ist, dann die Gewerbeberechtigung aufheben oder den Gewerbebetrieb einstellen. Es obliegt also der Gewerbebehörde, wie in den anderen Fällen zu verfahren.<sup>1304</sup>

Konkret handelt es sich in erster Linie um einen dem Vorgehen bei konzessionierten Gewerben entsprechenden Fall, entschieden auf Antrag des dadurch betroffenen Organs der staatlichen Verwaltung, dass, außer dem grundlegenden in der angeführten Fakultativität dieser Entscheidung liegenden Unterschied, in diesem Fall eine Entscheidung aus einem anderen Anlass in Betracht kommt, und die Entscheidung sich auch auf die Fälle der Anmeldungsgewerbe bezieht. Wie oben genauer ausgeführt, geht es also um den Fall, wenn der Unternehmer in schwerwiegender Weise insbesondere die sich aus dem Gewerbegesetz oder anderen Rechtsvorschriften ergebenden Bedingungen verletzt. Die Gewerbebehörde

---

<sup>1300</sup> Wie oben erwähnt gibt es auch sog. relative Hindernisse, z. B. das Konkurs- oder Insolvenzhindernis, das im Gegensatz zu sog. absoluten Hindernissen durch Dispens überwunden werden kann.

<sup>1301</sup> Vgl. dann insoweit die Bestimmung zur Aufhebung der Gewerbeberechtigung aus § 58 Absatz 1 lit. b des Gewerbegesetzes.

<sup>1302</sup> Vgl. im Einzelnen Průcha, P.: a. a. O., S. 67.

<sup>1303</sup> Abermals wird auf Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 27, zu Abs. 1, S. 177 verwiesen, die zutreffend klarstellen, dass auf ein entsprechendes Verlangen kein Rechtsanspruch besteht.

<sup>1304</sup> Etwas umständlich vgl. Průcha, P.: a. a. O., S. 117 unter Anführung von Madar, Z.: Slovník českého práva, Linde Praha 1999, díl II (Band II), Stichwort „Verwaltungsermessen“; genauer und deutlich das bestehende Verwaltungsermessen bei § 58 Absatz 3 des Gewerbegesetzes hervorhebend vgl. Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 58, zu Abs. 3, S. 288.

kann (*může*) dann ebenfalls die Gewerbeberechtigung des Unternehmers auf Antrag der zuständigen Verwaltung der sozialen Sicherung aufheben, soweit der Unternehmer die Verbindlichkeiten gegenüber dem Staat nicht erfüllt (vgl. § 58 Abs. 3 Satz 2 des Gewerbegesetzes<sup>1305</sup>).

### 3. Unbestimmte Rechtsbegriffe im Gewerberecht

Die Tätigkeit des Verwaltungsorgans, auch wenn sie an das Gesetz gebunden ist, hat „schöpferischen Charakter“<sup>1306</sup> und ergänzt bei der Anwendung der Rechtsnorm auf den konkreten Fall häufig die alleinige Rechtsnorm, freilich vor dem heutigen rechtsdogmatischen Hintergrund, dass Rechtsanwendung, aber auch Rechtsverwirklichung immer an die Rechtsordnung gebunden sind. Auch im tschechischen Gewerberecht wird neben der Verwendung des Instituts des Verwaltungsermessens auch von der Anwendung in Rechtsnormen beinhalteter sog. unbestimmter Rechtsbegriffe Gebrauch gemacht, die das Verwaltungsorgan auslegen muss. In vielen Fällen liegen dabei der Rechtsnorm unbestimmte Rechtsbegriffe zugrunde, wenn das Verwaltungsorgan bei der Anwendung der Rechtsnorm ihren Inhalt beurteilen muss (z. B. die Zuverlässigkeit, die Nützlichkeit, das öffentliche Interesse, die öffentliche Ordnung, das dringende Bedürfnis u. ä.).

Hinsichtlich der häufig gerade im Gewerberecht auftretenden deskriptiven unbestimmten Rechtsbegriffe, die ausdrücken, dass ihre Bedeutung mit Hilfe bestimmter numerischer Äußerungen erklärt würden, kann bereits nach oben verwiesen werden, vor allem auf die Schwierigkeiten, die eine solche zahlenmäßige Bestimmung mit sich bringt, insbesondere bei der Festlegung der Grenze zwischen dem Ende der Unter- und dem Anfang der Obergrenze. Die möglichen Interpretationsprobleme des ehemaligen NSS bei der Auslegung eines solchen Begriffes durch einen anderen wieder nur unbestimmten Rechtsbegriff im Rahmen einer Konzessionserteilung zur Ausübung des Gaststätten- und Schankgewerbes mit der Frage der Auslegung des Begriffes „größere Stadt“ („*větší město*“) wurden bereits erläutert.<sup>1307</sup> Die dabei unbeantwortet gebliebene Frage, was man unter „allgemeiner Anschauung“ („*obecné nazírání*“) zu verstehen und aufgrund welcher Tatsachen das ehemalige NSS zur Erkenntnis gelangt ist, dass sich die angegebene Einwohnerzahl als für eine größere Stadt angemessen ansehen lässt, wenn die Erteilung der in Frage stehenden Konzession aus der Sicht eines weiten Ermessensverständnisses von Verwaltungsermessens abhängig gemacht wird. Eine

<sup>1305</sup> Vgl. auch die Fälle des § 58 Abs. 3 Satz 3 und des § 58 Abs. 4 des Gewerbegesetzes.

<sup>1306</sup> Weyr, František: Správní řád (Verwaltungsordnung), Brno 1930, S. 44.

<sup>1307</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 47 im Hinblick auf Boh. A 11419/34.

rechtsdogmatische Bewältigung kann unter heute geltenden Bedingungen allenfalls durch die Annahme eines gerichtlich nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraums aufgrund einer dabei möglicherweise zu treffenden quasi-prognostischen Entscheidung in Betracht kommen.

Beachtlicherweise wurde bereits früher festgestellt, dass ein Rechtsbegriff, der in einer Rechtsvorschrift bedeutungsmäßig bestimmt ist, in einer anderen unbestimmt sein kann, wenn zweifelhaft ist, in welcher Bedeutung er in dieser Vorschrift zu verwenden ist.<sup>1308</sup> Als Beispiel wird auf die streitige Bedeutung des Begriffes „gewerbliches Unternehmen“ („*živnostenský podnik*“) in der Sache Boh. A 1094/43 nach dem damals gültigen Gesetz über den Schutz der Mieter wegen des in Frage stehenden wichtigen Grundes für die Erlaubnis einer Kündigung als Inhaber eines „Fabrik-, Gewerbe- oder Landwirtschafts-“ Unternehmens („*tovární, živnostenský nebo zemědělský podnik*“) zu Betriebszwecken mit benötigter Wohnung für seinen Angestellten verwiesen, bekanntermaßen unter heute schwer vertretbarer extensiver Auslegung des streitigen Begriffes.

Im Hinblick auf die Werturteile, durch die sich das Verwaltungsorgan bei der Entscheidung des konkreten Falles leiten lässt, wurde bereits in der Sache Boh. A 14297/38 entschieden, dass diese Gültigkeit nur im Rahmen der Entscheidung haben, die das Verwaltungsorgan in dieser Sache erlässt. Soweit in beiden Fällen Übereinstimmung in den entscheidenden Tatsachenumständen vorliegen wird, kann das Verwaltungsorgan sich nicht anderer Werturteile bedienen und zu einem anderen Schluss in der Sache gelangen<sup>1309</sup>, so damals bei der Feststellung der Voraussetzung „örtliche Bedürfnisse“ („*místní potřeby*“) als eine der gesetzlichen Bedingungen für die Erteilung einer Gaststätten- und Schankkonzession (*koncese hostinská a výčepnická*). Eine derartige Wertungsgebundenheit ist nach heutigem Rechtsstand geradezu zwingend.

Zunächst ist anzumerken – wie bereits oben ausgeführt, dass der als Bestandteil des Gewerbebegriffes nach der obigen Definition des gewerblichen Unternehmens (§ 2 des Gewerbegesetzes)<sup>1310</sup> vor allem das erste Begriffsmerkmal der „planmäßigen Tätigkeit“ („*činnost soustavná*“) einen sog. unbestimmten Rechtsbegriff darstellt, dessen Inhalt aus dem Zusammenhang und Zweck der rechtlichen Regelung abzuleiten ist. Unter dem Erfordernis der Planmäßigkeit wird insoweit das Erfordernis einer bestimmten Dauer, Beständigkeit, Wiederholbarkeit und in gewissem Maße offenbar auch Regelmäßigkeit dieser Tätigkeit im Unterschied zu Tätigkeiten und Verrichtungen einmaligen und gelegentlichen Charakters

---

<sup>1308</sup> Vgl. Bažil, Z.: a. a. O., S. 48.

<sup>1309</sup> Bažil, Z.: a. a. O., S. 54. Dies stellt also im Ergebnis wiederum die Ausnahme der ausnahmsweisen Unüberprüfbarkeit des Werturteils dar. Der Grund liegt wohl in der dann gegebenen Tatsache intersubjektiver Mitteilbarkeit und Beweisbarkeit, die einen klaren kognitiven Schluss ermöglicht.

<sup>1310</sup> Die Gewerbeordnung aus dem Jahr 1859 definierte des Gewerbebegriff selbst nicht.

verstanden.<sup>1311</sup> Letztlich gilt dies aber in gewissem Maße auch für dessen anderen Merkmale.<sup>1312</sup>

Im Rahmen der Aufhebung der Gewerbeberechtigung ist vor allem<sup>1313</sup> der unbestimmte Rechtsbegriff der „schwerwiegenden Verletzung der Pflichten“ („*závažné porušování povinností*“) des Unternehmers von praktischer Bedeutung, dessen Feststellung selbst gerade nicht dem Verwaltungsermessen des Verwaltungsorgans obliegen kann. Erst daran kann sich möglicherweise dann eine fakultative Rechtsfolgenwahl anschließen.<sup>1314</sup>

Betreffend die vormalig festgeschriebene Bedingung der Zuverlässigkeit (*spolehlivost*) als Voraussetzung für die Ausübung eines Gewerbes kann auf das bereits Gesagte Bezug genommen werden. Von einem nicht vertretbar anzunehmenden Verwaltungsermessen in diesem Zusammenhang ging das Verfassungsgericht in der oben ausführlich erwähnten Angelegenheit IV. ÚS 128/94<sup>1315</sup> aus. Nach *Hendrych* ist zu ergänzen, dass die in diesem Urteil zutage tretende Problematik bei der Unterscheidung zwischen Konzession und Erlaubnis relevant wird, wenn in irgendeiner materiellrechtlichen Voraussetzung der Erlaubnis z. B. die sog. Zuverlässigkeit (*spolehlivost*) der Person bei der Entscheidung über die gewerblichen Konzession in Bezug auf den Gegenstand des Unternehmens mit Rücksicht auf den Schutz des Lebens, der Gesundheit, der Eigentums- und anderen Rechte von Personen und der öffentlichen Interessen (vgl. § 27 Absatz 2 des Gewerbegesetzes a. F., vor dem 1. März 2000) als ein unbestimmter Rechtsbegriff relevant wird.<sup>1316</sup> Hilfreich kann dabei die Konkretisierung dieser sog. Zuverlässigkeit oder entsprechender Institute als sog. unbestimmter Rechtsbegriff durch eine kasuistische Definition sein, wie bei der nachfolgend zu untersuchenden Festlegung der sog. Unbescholtenheit in § 6 Abs. 2 des Gewerbegesetzes.<sup>1317</sup>

Der unbestimmte Rechtsbegriff der Unbescholtenheit (*bezuhoonnost*) als allgemeine Voraussetzung für das Betreiben eines Gewerbes nach § 6 Abs. 1 lit. c, 2 des

---

<sup>1311</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 18.

<sup>1312</sup> Vgl. oben.

<sup>1313</sup> Průcha, P.: a. a. O., S. 116 spricht von einem „bereits restlosen Zusammenhang“ und betont wohl die praktische Bedeutung dieses Falles (vgl. § 58 Absatz 3 des Gewerbegesetzes).

<sup>1314</sup> Vgl. oben.

<sup>1315</sup> IV. ÚS 128/94 (Slg. ÚS, Band 2, S. 262).

<sup>1316</sup> Hendrych, D.: a. a. O., Rdnr. 185.

<sup>1317</sup> Vgl. Hendrych, D.: a. a. O., Rdnr. 185 Fn. 51.

Gewerbegesetzes wird näher als strafliches Verhalten des Antragstellers spezifiziert.<sup>1318</sup> Der Begriffsinhalt wird dabei negativ bestimmt. Im Unterschied zu zuvor genannten allgemeinen Voraussetzungen handelt es sich nicht um immer eine rein formale Angelegenheit.<sup>1319</sup> Allerdings ist der Literatur<sup>1320</sup> zu widersprechen, dass, soweit eine natürliche Person, deren Unbescholtenheit beurteilt wird, im Auszug aus dem Strafregister irgendwelche Angaben über Verurteilungen angeführt hat (solange also überhaupt Einträge zu verzeichnen sind), es Sache des Verwaltungsermessens der Gewerbebehörde ist, zu entscheiden, dass die vorliegende Bedingung erfüllt wird oder nicht und das unabhängig von der Tatsache gilt, dass keine formale Entscheidung erlassen wird für den Fall, wenn die Gewerbebehörde zu dem Schluss kommt, dass diese Bedingung erfüllt ist. Diese Auffassung entspringt noch der Tradition eines weiten Ermessensverständnisses. Richtigerweise muss auch hier ein Verwaltungsermessen ausgeschlossen sein, und auch ein Beurteilungsspielraum kommt aufgrund der kasuistisch-enumerativen Negativdefinition nicht in Betracht.<sup>1321</sup>

Die Auslegung des Begriffes „Unbescholtenheit“ („*bezuħonnost*“) spielte bereits in der Sache Boh. A 5512/26 eine Rolle. Dabei führte das ehemalige NSS im bereits erwähnten Erkenntnis aus, dass – damals – zwar keine gesetzliche – auch nicht negative – Definition des Begriffes Unbescholtenheit gegeben war, dessen Beurteilung sich aber nach dem straflichen Verhalten der Person richten muss.<sup>1322</sup>

Wie bereits erwähnt, wurde auch von der sog. zivilrechtlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit das Verwaltungsermessen nicht immer klar von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen unterschieden, auch im Hinblick auf den unbestimmten Rechtsbegriff der gewerberechtlichen Unbescholtenheit (*bezuħonnost*)<sup>1323</sup>, dass nämlich die Beurteilung, ob der Antragsteller unbescholten ist und folglich die allgemeine Bedingung für den Betrieb eines Gewerbes im Sinne von § 6 Absatz 1 lit. c) des Gewerbegesetzes erfüllt, Sache des Verwaltungsermessens ist. Insoweit ist wiederum allenfalls ein sog. Beurteilungsspielraum diskutierbar.

Ergänzend ist anzumerken, dass in einer neueren Entscheidung des NSS<sup>1324</sup> bestätigt wurde, dass es im Rahmen der Beurteilung der Unbescholtenheit als allgemeine Voraussetzung zum Betreiben eines – im dortigen Fall sog. konzessionierten – Gewerbes nicht entscheidend ist,

---

<sup>1318</sup> Vgl. Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 6, zu Abs. 2, S. 167.

<sup>1319</sup> Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 6, zu Abs. 2, S. 167, insoweit noch zutreffend.

<sup>1320</sup> Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 6, zu Abs. 2, S. 167.

<sup>1321</sup> Zu weiteren verfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich des Zusammenhang begangener Strafen und unternehmerischer Tätigkeit vgl. auch Staša, J./Srbová, I.: a. a. O., § 6, zu Abs. 2, S. 168.

<sup>1322</sup> Vgl. ausführlich oben.

<sup>1323</sup> S 128, SP 5/1996.

<sup>1324</sup> 6 A 128/2002-52.

dass es sich nicht um eine mit der Unternehmung zusammenhängende Straftat handelt. Denn der Mangel der Unbescholtenheit wurde insoweit aus § 6 Abs. 2 lit. a) des Gewerbegesetzes abgeleitet, in dem die Bedingung eines Zusammenhangs der Straftat mit der Unternehmung nicht enthalten ist.<sup>1325</sup>

In der Sache 5 A 11/2002-33 wandte das Verwaltungsorgan I. Instanz die Bestimmung des § 6 Abs. 2 lit. b) des Gewerbegesetzes an und ging davon aus, dass das Gesetz einen Zusammenhang des Tatbestandes der Straftat mit der Unternehmung allgemein, nicht nur mit dem konkreten Unternehmensgegenstand bestimmt.

Bei der Beurteilung der Begründetheit der Klage ging das NSS vor allem vom Wortlaut der Bestimmung des § 6 Abs. 1 lit. c) des Gewerbegesetzes aus, nach der zu den allgemeinen Bedingungen des Gewerbebetriebs ebenfalls die Unbescholtenheit gehört, soweit das Gesetz nicht etwas Anderes bestimmt. Das NSS stellt in diesem Zusammenhang – auf allgemeiner Ebene – fest, dass der Begriff der Unbescholtenheit in der Rechtsordnung der Tschechischen Republik in einer Reihe von Rechtsvorschriften enthalten ist und seine Interpretation daher mit dem durch diese Rechtsvorschriften verfolgten Zweck konform gehen muss (vgl. dazu auch das Urteil des IV. Senats des ÚS 366/98<sup>1326</sup>). Eine gesetzliche Bestimmung der für den gegebenen Fall relevanten unbescholtenen Person Legální enthält Abs. 2 der zitierten Bestimmung, die bestimmt, dass als unbescholten im Sinne dieses Gesetzes nicht derjenige angesehen wird, der a) wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat zu einer Freiheitsstrafe mit der Dauer von mindestens einem Jahr, b) wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat, dessen Tatbestand mit der Unternehmung zusammenhängt und auf die sich lit. a) nicht bezieht, oder c) wegen einer fahrlässig begangenen Straftat, deren Tatbestand mit dem Unternehmensgegenstand zusammenhängt, rechtskräftig verurteilt wurde. Der Kläger irrt darin, wenn er – im Fall der Bedingung der Unbescholtenheit – unrichtig die für die Aufnahme des Gewerbes erforderliche Bedingung von der für dessen Beibehaltung unerlässlichen unterscheidet, was infolgedessen zur Auslegung führen könnte, dass die Bedingung der Unbescholtenheit nur zum Zeitpunkt des Gewerbebeginns erfüllt sein muss, nicht mehr dagegen bei dessen weiterem Betrieb. Diese Interpretationsweise kann nach Überzeugung des NSS nicht standhalten, auch nicht mittels einer grammatikalischen,

---

<sup>1325</sup> Im Übrigen bestimmt § 2 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes Nr. 269/1994 Slg., über das Strafenregister (o Rejstříku trestů), dass Angaben aus der Evidenz des Strafenregisters dem Gebrauch von Straf-, zivilrechtlichen oder Verwaltungsverfahren dienen und damit dem Nachweis der Unbescholtenheit. Nach § 15 Abs. 1 dieses Gesetzes stellt der Auszug aus dem Strafenregister eine öffentliche Urkunde dar.

<sup>1326</sup> ÚS Slg., Bd. 14, S. 99 ff.

systematischen oder teleologischen Auslegungsmethode. Es ist nämlich offensichtlich, dass die Erfüllung der Bedingung der Unbescholtenheit im angeführten Sinn notwendig während der ganzen Dauer des Gewerbes zu erfüllen ist, nicht nur zu dessen Beginn. Daher ordnet auch das Gewerbegesetz die Unbescholtenheit unter die allgemeinen Bedingungen des Betreibens des Gewerbes ein, nicht unter für dessen Aufnahme notwendige Bedingungen (grammatikalische Auslegung). Auch nach systematischer Eingliederung der Bestimmung des § 6 in den ersten Teil des Gesetzes „Allgemeine Bestimmungen“ („*Všeobecná ustanovení*“) ist es offensichtliche Absicht des Gesetzgebers, die Unbescholtenheit als Bedingung des Betreibens und folglich nicht als Aufnahmebedingung zu bestimmen. Endlich ist es aus teleologischer Sicht, die sich dem Zweck der gegenständlichen Rechtsnorm verschreibt, im gegebenen Fall notwendig, die Erfüllung der Bedingung der Unbescholtenheit im Hinblick auf den verfolgten Zweck zu verstehen, der sich unstreitig am Interesse der Gesellschaft und des Staates daran orientiert, dass das konkrete Gewerbe von Personen ausgeübt wird, bei denen zurecht ein seriöses und verantwortungsvolles Herantreten an diese Tätigkeit erwartet werden kann.

„[...] Die Bedingung der Unbescholtenheit ist also notwendig als bestimmte Schutzmaßnahme zu verstehen, durch die sich der Staat gegen die gewerbliche Unternehmung der Personen schützt, bei denen begündet davon ausgegangen werden kann [obávát], dass diese Tätigkeiten den Interessen Einzelner und der Gesellschaft schaden werden. [...]“<sup>1327</sup>

#### **4. Die Entscheidungspraxis der Verwaltung in gewerberechtlichen Angelegenheiten**

Wenn die Rechtsnorm dem Verwaltungsorgan die Möglichkeit zur Ermessensentscheidung einräumt, handelt es sich nicht um eine tatbestandliche Entscheidungsfreiheit, sondern um Rechtsfolgeermessen des Verwaltungsorgans.

Die Entscheidungspraxis der Verwaltung in gewerberechtlichen Angelegenheiten ist dabei immer noch stark von der Tradition eines weiten Ermessensverständnisses durchsetzt. Exemplarisch zeigt dies sich daran, dass bei Vorliegen eines unbestimmten Rechtsbegriffes – sei es bei Anmeldungs- oder konzessionierten Gewerben – genauso entschieden wird wie bei

---

<sup>1327</sup> 5 A 11/2002-33.

sog. *echten* Konzessionsfällen, wenn das Gesetz die Tätigkeit der staatlichen Verwaltung auch nicht eindeutig so bindet, dass bei Eingreifen eines bestimmten Tatbestandes eine einzige vorher in der Rechtsnorm spezifizierte Lösung eintreten müsste. Die Rechtsordnung ermöglicht dann, dass sich das zuständige Organ der staatlichen Verwaltung nach Erwägung der erheblichen Umstände für eine von mehreren rechtlich zulässigen Lösungen entscheidet und dem Verwaltungsorgan die Möglichkeit gibt, die Entscheidung über die Konzession zu erlassen oder nicht. Dem Verwaltungsorgan ist zur Entscheidung überlassen, dass dieses allein die Rechtsfolge bestimmt und damit gleichzeitig der Zweck der rechtlichen Regelung erreicht wird.

Im Hinblick darauf, dass auf den Erlass der (echten) Konzession kein Rechtsanspruch besteht, ist es Sache des Verwaltungsermessens – also im praktisch noch vorherrschend weiten Verständnis des sog. freien Ermessens - der vollziehenden öffentlichen Verwaltung, ob sie die Berechtigung auf Grund der Konzession zuerkennt oder nicht. In beiden Fällen verfährt das Verwaltungsorgan rechtmäßig, denn die Seite, an die sich die Entscheidung richtet, hat gerade kein subjektives Recht auf das, was sie begehrt. Durch Versagung der Genehmigung ist die subjektive Berechtigung des Antragstellers nicht berührt, und die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung über die Versagung der Erteilung der Genehmigung kann in der Folge ausgeschlossen sein.

Bei der Entscheidung über die Konzession geht es um sog. freies Ermessens, das verhältnismäßig unbeschränkt ist, und an den Willen des Staates gebunden ist, in dessen Namen das Verwaltungsorgan auftritt, ob es dem Begehren entspricht oder nicht, ob das Recht gewährt oder nicht. Das Verwaltungsorgan beurteilt nur die Voraussetzungen und Bedingungen der Erteilung der Konzession danach, dass dem Antrag am besten entsprochen wird. Auf dieser Grundlage entscheidet es über die Erteilung oder Versagung der Konzession. Diese Art des sog. freien Ermessens kommt zwar allgemein verhältnismäßig selten vor und pflegt in der Sache bei Angelegenheiten von hoheitlichem Interesse des Staates ihren Platz zu haben.

Wichtig ist gerade aus Sicht der Verwaltung, dass bei der Anwendung des Begriffs der „Konzession“ die Rechtsnorm nicht bereits von sog. freiem Ermessen sprechen muss.<sup>1328</sup> Im Interesse der Gesetzmäßigkeit und Rechtssicherheit wird auch insoweit der angemessener Fall

---

<sup>1328</sup> Vgl. Horzinková, E.: a. a. O., S. 74.



gesehen, damit die erlassene Entscheidung über die Konzession begründet ist, der die Beurteilung ermöglicht, von welchen Gesichtspunkten sich das Verwaltungsorgan bei seinem Ermessen leiten zu lassen hat. Denn auch bei der Entscheidung über die Erteilung der Konzession muss das Verwaltungsorgan bestimmte Tatsachen beurteilen oder sich nach festgelegten Regeln richten. Dies z. B. besonders für den Fall, dass eine Konzession durch mehrere Bewerber begehrt worden ist und das Bedürfnis besteht, eine bestimmte Auswahl zu treffen. Soweit das Verwaltungsorgan das sog. freie Ermessen nutzt und sich für den Erlass einer positiven oder negativen Entscheidung festlegen soll, wird sich das sog. freie Ermessen nach den Gesichtspunkten richten, die aus dem Inhalt der Rechtsnorm hervorgehen und darauf abzielen, dass der durch die Rechtsnorm verfolgte Zweck erreicht wird.

Die angeführten Gesichtspunkte ermöglichen es dem Verwaltungsorgan auch, die Tatsachen zu ermitteln, die Grundlage der resultierenden freien Äußerung des Verwaltungsorgans sein werden. Insoweit ergibt sich die Folgefrage, ob auch die positive Entscheidung über die Erteilung der Konzession oder nur die negative Entscheidung zu begründen ist. Nach teilweiser Auffassung<sup>1329</sup> jedenfalls, auch wenn die Entscheidung des Verwaltungsorgans auf sog. freiem Ermessen beruht und der Antragsteller keinen Anspruch auf eine positive Erledigung hat, muss man die Möglichkeit haben zu wissen, welche Motive das Verwaltungsorgan dazu geführt haben, dass seinem Begehren stattgegeben wird oder nicht. Aus diesen Gründen ist es angezeigt, sowohl die negative als auch die positive Entscheidung zu begründen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass in Situationen und Fällen, wenn die Verwaltung nach sog. freiem Ermessen verfügen kann, die Grenzen nicht überschritten oder die Kriterien der gesetzlichen Ermächtigung zum Verwaltungsermessen nicht in Zweifel gezogen werden dürfen (dies gilt insbesondere dann auch für verfassungsrechtliche Vorgaben). Das Verwaltungsorgan muss bei seiner Entscheidung immer von den für den konkreten Fall erheblichen Tatsachen ausgehen und dabei strenge Objektivität und Unparteilichkeit wahren. Gleichzeitig ist es wichtig, die Umstände des Einzelfalles im Einklang damit zu beurteilen, wie die allgemeinen Bestimmungen der Vorschriften auch in anderen Fällen zur Geltung gelangen, an die die Verwaltungsorgane sich zu halten verpflichtet sind.

Wie bereits ausgeführt kann diese Betrachtungsweise den rechtdogmatischen Vorgaben gerade auch für das Gewerberecht nicht mehr Stand halten. Im Vergleich zu den echten

---

<sup>1329</sup> So Horzinková, a. a. O., S. 74, 75.

Konzessionsfällen ist es bei der Entscheidung über die GewerbeKonzession nach dem GewerbeGesetz unmöglich, sog. freies Ermessen z. B. im Hinblick auf die vorausgesetzte Erfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffes zu gebrauchen (da ja gerade auch ein Rechtsanspruch auf deren Erteilung besteht).

Grundlage bleibt freilich grundsätzlich zunächst eine eindeutige Normbildung selbst, denn der Gesetzgeber sollte immer sehr sorgfältig erwägen, welchen Sinn die Rechtsnorm haben soll und welche Entscheidungsbefugnis er tatsächlich dem Verwaltungsorgan anheim stellen will. Demnach sollte er also solche Ausdrücke wählen, die seine Absicht (und damit den Regelungszweck) gänzlich unzweifelhaft zum Ausdruck bringen.<sup>1330</sup>

### **III. Ausgewählte neuere Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gewerberechts hinsichtlich der Kontrolle von Ermessenentscheidungen und unbestimmten Rechtsbegriffen**

Neben den bereits angeführten aufschlussreichen Entscheidungen sollen ergänzend weitere ausgewählte neuere Rechtsprechung bezüglich der Kontrolle von Ermessensentscheidungen und unbestimmten Rechtsbegriffen dargestellt werden, gerade auch um die noch vorzufindende Verhaftung in einem weiten Ermessensverständnis zu veranschaulichen.

In der Sache 1 As 20/2005-83 legte der Beklagte genauso wie das Verwaltungsorgan erster Instanz den unbestimmten Rechtsbegriff „die Verletzung von durch besondere Vorschriften bestimmten Bedingungen in schwerwiegender Weise“ („závažný způsob porušení podmínek stanovených zvláštními předpisy“) nicht aus und hob dem Kläger die Gewerbeberechtigung auf, weshalb das Gericht sowohl die Entscheidung des Beklagten als auch die vorangehenden Entscheidungen und legte dem Verwaltungsorgan vor allem auf, die Auslegung dieses unbestimmten Begriffes durchzuführen und dann zu beurteilen, ob sich das Handeln des Klägers objektiv unter diesen Begriff unterordnen lässt. Wenn es zum Schluss kommt, dass es zu einer schwerwiegenden Verletzung der Bedingungen gekommen ist, beseitigt es die betreffenden prozessualen Mängel, insbesondere hört es die bestellten Zeugen.

---

<sup>1330</sup> Vgl. bereits Weyr, František: Správní řád (Verwaltungsordnung), Brno 1930, S. 46.

„Es ist Tatsache, dass der Beklagte bei der Auslegung dieses Begriffes irrte, wenn er für den unbestimmten Rechtsbegriff die Verletzung einer Rechtspflicht nach dem Straßengesetz wählte, und obwohl hier dieser Begriff definiert wird, ist aus dem Inhalt der Verwaltungsakte offensichtlich, dass der Kläger nach dessen § 35a keine Verletzung einer Verpflichtung in schwerwiegender Weise begangen hat.“<sup>1331</sup>

Soweit der Beklagte weiter eine schwerwiegende Verletzung der Bedingungen aus der Verletzung anderer Rechtsvorschriften abgeleitet hat, so liegt es an ihm, diesen unbestimmten Rechtsbegriff zu definieren. Die Grundlage für den Erlass der Entscheidung über die Aufhebung der Gewerbeberechtigung nach § 58 Abs. 3 des Gewerbegesetzes ist nämlich das Urteil über den Inhalt und Umfang des unbestimmten Rechtsbegriffes „Verletzung von Rechtsvorschriften in schwerwiegender Weise“ („porušení právních předpisů závažným způsobem“). Erst dann, wenn das Verwaltungsorgan diesen unbestimmten Rechtsbegriff auslegt, kann es ihn den tatsächlichen Feststellungen des konkreten Falles und beurteilen, ob das auf einer Verletzung oben angeführter Rechtsvorschriften beruhende Handeln des Klägers eine solche Intensität erreicht hat, dass das gesetzliche Merkmal der schwerwiegenden Verletzung erfüllt ist oder nicht. In dieser rechtlichen Beurteilung identifiziert sich das NSS mit der Schlussfolgerung des Stadtgerichts, ausführlich angeführt in der Begründung des angefochtenen Urteils.

Wie darüber hinaus aus der zitierten Bestimmung ersichtlich ist, hat das Verwaltungsorgan die Möglichkeit, für den Fall, dass es eine einmalige oder wiederholte Verletzung von Rechtsvorschriften in schwerwiegender Weise feststellt, entweder die Einstellung des Gewerbebetriebs oder die Aufhebung der Gewerbeberechtigung zu wählen. Auch deshalb ist die Auslegung dieses unbestimmten Begriffes durch das Verwaltungsorgan unerlässlich, denn von ihr ist auch das Ermessen (*úvaha*) des gewählten Sanktionsmittels abhängig. Diese Ermessen darüber, warum das Verwaltungsorgan es gerade zur Aufhebung der Gewerbeberechtigung kommen ließ, nicht z. B. zur gesetzlichen Alternative. Aufgabe des Gerichts bei der Überprüfung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung des Verwaltungsorgans und die Einhaltung der durch das Gesetz bestimmten Regeln im Verfahren, das der Verwaltungsentscheidung vorangegangen ist. Dem Gericht gebührt es nicht, das Verwaltungsorgan zu ersetzen und durch eigenes Ermessen (*vlastní úvahou*) den Inhalt des unbestimmten Rechtsbegriffes zu bestimmen und ihn dann auf das Handeln des Klägers zu beziehen und zu beurteilen, ob ein solches Handeln durch seine Intensität die Merkmale folglich der bestimmten schwerwiegenden Verletzung von Rechtsvorschriften erfüllt oder nicht erfüllt, denn es würde so in unzulässiger Weise in die diskretionäre Gewalt (*diskreční práva*) des Beklagten eingreifen. Das Gericht muss aber die Möglichkeit haben, zu überprüfen, ob die Interpretation und Anwendung eines solchen Begriffes durch das Verwaltungsorgan im Einklang

---

<sup>1331</sup> 1 As 20/2005-83.

mit dem Gesetz ist, auf welche Grundlagen sich das Verwaltungsorgan für seine Entscheidung konzentriert hat, ob es in dem Umfang gehandelt hat, der ihm ermöglichte, in der Sache richtig zu entscheiden, und ob seine Feststellungen nicht zu diesen Grundlagen in logischem Widerspruch stehen. Wenn eine solche Überprüfung die Entscheidung des Verwaltungsorgans nicht ermöglicht, ist die Entscheidung aus Mangel an Gründen unüberprüfbar. Das Stadtgericht in Prag irrte daher in der rechtlichen Beurteilung nicht, wenn es die angefochtene Entscheidung des Beklagten aufhob und ihm die Sache zu weiterem Verfahren zurückwies.

In der Sache 7 As 13/2004-72 betrachtet es das NSS, im Hinblick auf die ganze Zielrichtung der Kassationsbeschwerde, als angemessen, sich zuerst zur Frage der Bestimmung des § 58 Abs. 3 des Gewerbegesetzes zu äußern. Danach ist es aus dem Text der gesetzlichen Bestimmung offensichtlich, diese enthält sog. Verwaltungsermessen. Der Gesetzgeber hat also dem Verwaltungsorgan eine bestimmte Möglichkeit des Ermessens (*zvážení*) der konkreten Umstände des Falles gegeben. Mit Blick auf den Wortlaut der Bestimmung des § 58 Abs. 3 des Gewerbegesetzes ist ersichtlich, dass das Verwaltungsorgan zwei Entscheidungsmöglichkeiten hat, und zwar die Aufhebung oder Nichtaufhebung der Gewerbeberechtigung des Subjekts, das seine Verbindlichkeiten gegenüber dem Staat nicht erfüllt, unter der Voraussetzung, dass die zuständige Verwaltung der sozialen Sicherung den Antrag auch Aufhebung stellt. In dieser Weise bestimmte das Gewerbegesetz die Bedingungen für den Gebrauch des Verwaltungsermessens. Näher äußerte sich zu dieser Frage sehr prägnant in der Begründung seiner Entscheidung bereits das Kreisgericht. Dem Gericht obliegt es im Fall des Gebrauchs des Verwaltungsermessens, nur die Grenzen zu überprüfen, oder den gesetzlichen Rahmen des freien Ermessens (*volná úvaha*) des Verwaltungsorgans, weitere Fragen, die allerdings nicht allein den Inhalt des Ermessens (*uvažování*) betreffen. Wenn das Kreisgericht in Budweis (*České Budějovice*) in seiner Entscheidung zu dem Schluss gekommen ist, dass das Verwaltungsorgan alle durch das Gesetz bestimmten Bedingungen für den Gebrauch des Verwaltungsermessens eingehalten hat, identifiziert sich das NSS mit dessen rechtlicher Schlussfolgerung vollständig.

Dazu ist notwendig zu ergänzen, dass für die beurteilte Angelegenheit es rechtlich völlig irrelevant ist, aus welchem Grund die Beschwerdeführerin nicht in der Lage war, ihre Verbindlichkeiten gegenüber dem Staat zu erfüllen, denn das Gesetz bestimmt nicht allein, dass das Verwaltungsorgan die Anfänge der Insolvenz der Beschwerdeführerin prüfen sollte. Es ist offensichtlich, dass es möglich war, diesen Gesichtspunkt im freien Ermessen (*volná úvaha*) des Verwaltungsorgans widerzuspiegeln, was aber einen vom Überprüfungsrahmen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgeschlossenen Bereich darstellt, ungeachtet des Umstandes, dass sich aus der Akte eindeutig ergibt, dass der Beschwerdeführer seine Verbindlichkeiten bereits vor

„seiner gesetzeswidrigen Vertreibung“ („*svým nezákonným vyhnáním*“) aus seiner Betriebsstätte und zwar wiederholt nicht erfüllt hat.

Ganz außerhalb des Rahmens des oben Angeführten sieht es das NSS als angemessen mit Blick auf die Konstruktion der Beschwerdepunkte, die praktisch nur mit dem Widerspruch der Entscheidung des Verwaltungsorgans zu den guten Sitten (*dobré mravy*) argumentieren, sich zum Einschlag dieser Kategorie auf den Bereich der Verwaltungsentscheidung zu äußern, dadurch, dass das NSS sich bewusst ist, dass sich diese Frage auf die Beurteilung der streitigen Angelegenheit nicht auswirkt. Dem NSS erscheint es in diesem Zusammenhang das Zitat des Urteils des Verfassungsgerichts (veröffentlicht in Slg. ÚS, Nr. 26) als angemessen:

„Aus der Bestimmung des § 3 Abs. 2 der Verwaltungsordnung ergibt sich, dass die Verwaltungsorgane verpflichtet sind, im Verfahren in enge Präsenz zu den Bürgern treten und ihnen immer Gelegenheit geben, dass sie ihre Rechte und Interessen wirksam verteidigen, insbesondere sich zur Entscheidungsgrundlage äußern und ihre Anträge geltend machen. Im Wesentlichen handelt es sich um die gesetzliche Äußerung der Regeln des „elementaren Anstands und der guten Sitten“ [„*elementární slušnost a dobré mravy*“], ohne die ein gerechter Prozess, folglich auch eine richtige Entscheidung sich vorstellen unmöglich ist.“

Aus dem angeführten Urteil ist ersichtlich, dass im Verwaltungsverfahren die allgemeine generelle Kategorie der guten Sitten nicht verwandt wird, aber auch im öffentlichen Recht, eingedenk des Verwaltungsverfahrens, ist es möglich, Klauseln zu finden, die ähnlichen Inhalt haben wie die Kategorie der guten Sitten, freilich mit einigen Unterschieden durch die Materie der rechtlichen Regelungen; es ist offensichtlich, dass alle diese Klauseln ein gemeinsames Ziel haben, und zwar ein bestimmter ergänzender Faktor für die Ausübung der subjektiven Rechte und Pflichten zu sein. In der beurteilten Sache aber haben das Kreisgericht und auch nicht das NSS in der Vorgehensweise der Verwaltungsorgane keinen Fehler gefunden.

Der Begriff „Verwaltungsermessen“ („*správní uvážení*“) – so wird in der Sache 4 As 18/2004-91 ausgeführt – wird weder von der Verwaltungsgerichtsordnung noch einem anderen Gesetz definiert, sodass nur von der Ansicht der Rechtslehre und gerichtlichen Judikatur ausgegangen werden kann. Die Lehre definiert das Verwaltungsermessen als durch das Gesetz begründete Freiheit, bei der Lösung des konkreten Falles eine von mehreren rechtlich möglichen Entscheidungen zu wählen. Im Einklang mit dieser Definition der Verwaltungsgerichte wird dieses Ermessen als gesetzliche Möglichkeit des Verwaltungsorgans begriffen, irgendeine von mehreren möglichen Lösungen zu gebrauchen, die es nur damit vergleicht, ob sie gesetzlich gestattet ist, und es überprüft nicht, ob diese Lösung effektiv, wirtschaftlich etc. ist. Notwendige Bedingung des Gebrauchs des Verwaltungsermessens ist freilich auch die richtige Feststellung

aller Tatsachenumstände, die für ein solches Ermessen unerlässlich sind. Die Verwaltungsgerichte überprüfen daher nicht nur, ob die angenommene Lösung gesetzmäßig ist bzw. ob das Gesetz sie als eine der möglichen Lösungen gestattet, sondern auch hinsichtlich des logischen Einklangs mit den Grundlagen für eine solche Entscheidung. Es ist folglich nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte, das freie Ermessen des Verwaltungsorgans durch sein eigenes zu ersetzen, oder die Zweckmäßigkeit der erlassenen Entscheidung zu überprüfen. Allgemein kann daher geschlossen werden, dass die Verwaltungsgerichte nur überprüfen, ob die Tatsachenumstände, von denen das Verwaltungsorgan beim freien Ermessen ausgegangen ist, im notwendigen Umfang, in prozessualer Weise, die dem Gesetz entspricht, festgestellt wurden, und ob die Rechtsfolge, die infolge der erlassenen Verwaltungsentscheidung eingetreten ist, nicht im Widerspruch zum Gesetz steht, gegebenenfalls in logischem Widerspruch zu den Tatsachen, von denen das entscheidende Verwaltungsorgan ausging. Die Verwaltungsgerichte als Gesamtheit richterlicher Gewalt erfüllt hier folglich die Aufgabe eines Organs gerichtlicher Kontrolle, die nur bei Durchbrechung der Grenzen eingreift, die der Exekutive durch das Gesetz bestimmt werden. Es ist aber nicht ihre Aufgabe, dass sie die Exekutive, soweit sie sich in den gesetzlichen Grenzen verhält, sachlich nachahmt oder ersetzt. [...]

Daher bestimmte die Zivilprozessordnung, in der bis zum 31.12.2002 wirksamen Fassung, in § 245 Abs. 2, dass „bei einer Entscheidung, die das Verwaltungsorgan aufgrund von durch das Gesetz erlaubtem freien Ermessen (Verwaltungsermessen) erlassen hat, das Gericht nur überprüft, ob eine solche Entscheidung nicht die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat“, und die Verwaltungsgerichtsordnung mit Wirkung ab dem 01.01.2003 bestimmt in § 78 Abs. 1 letzter Satz, dass „wegen Gesetzeswidrigkeit das Gericht die angefochtene Entscheidung auch dann aufhebt, wenn es feststellt, dass das Verwaltungsorgan die durch das Gesetz bestimmten Grenzen des Verwaltungsermessens überschritten oder es missbraucht hat“.

Das Kreisgericht verwies bei der Überprüfung des Verwaltungsermessens begründet darauf, dass beide Verwaltungsorgane nach dem Inhalt der Verwaltungsakte genügend Grundlagen für ihr Ermessen hatten, ob es bei der Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen nach der Bestimmung des § 58 Abs. 3 Satz 2 des Gewerbegesetzes (die unternehmende juristische Person erfüllt ihre Verbindlichkeiten gegenüber dem Staat nicht) nötig war, zur Aufhebung der Gewerbeberechtigung des Beschwerdeführers zu schreiten. Nach dem Kreisgericht wird die gesetzliche Bedingung der fehlenden Versicherungsabführung für die soziale Sicherung und die staatliche Angestelltenpolitik und die Nichtbegleichung der Strafe nicht nur im Hinblick auf den Zahlungsrückstand belegt, sondern auch durch das Tatsacheneingeständnis des Vorsitzenden des statuarischen Organs des Beschwerdeführers.

Die Tatsachengrundlagen für das Verwaltungsermessen seitens der Aufhebung der Gewerbeberechtigung ergeben sich dann aus dem inhaltlichen Nachweis zu diesem angeführten Institut, das in vollständig gesetzmäßiger Weise durchgeführt wurde. Das Kreisgericht leitete begründet ab, dass das freie Verwaltungsermessen durch die entscheidenden Organe richtig und im Einklang mit dem Gesetz gebraucht wurde. [...]

Das NSS kam zu dem Schluss, dass auch das Kreisgericht in Budweis als Verwaltungsgericht nicht irrte, wenn es im Einklang mit dem Gesetz nur überprüfte, ob die Tatsachenumstände, von denen das Verwaltungsorgan beim freien Ermessen ausgegangen ist, im erforderlichen Umfang, in der prozessualen Weise festgestellt wurden, die dem Gesetz entspricht, und ob die Rechtsfolge, die infolge der erlassenen Verwaltungsentscheidung eingetreten ist, nicht im Widerspruch zum Gesetz steht, gegebenenfalls in logischem Widerspruch zu den Tatsachen, von denen das entscheidende Verwaltungsorgan ausgegangen ist. In diesem Zustand spricht nach dem NSS alles dafür, dass die rechtliche Erwägung (*právní úvaha*) über die Notwendigkeit der Aufhebung der Gewerbeberechtigung des Beschwerdeführers nicht die Grenzen des Verwaltungsermessens übertreten und keineswegs die durch das Gesetz bestimmten Grenzen und Gesichtspunkte überschritten hat, weil beide Verwaltungsorgane bei ihrer Entscheidung alle rechtlich entscheidenden Tatsachen in Erwägung zogen und es nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte ist, das freie Ermessen des Verwaltungsorgans durch eigenes zu ersetzen oder die Zweckmäßigkeit der erlassenen Entscheidung zu überprüfen.

Wie bereits angeführt, ging es in diesem Fall um die Aufhebung der Gewerbeberechtigung des Beschwerdeführers im Rahmen der Bestimmung des § 58 Abs. 3 Satz 2 des Gewerbegesetzes, nach der ein gesetzliches Kriterium für die Aufhebung dieser Berechtigung die Nichterfüllung der Verbindlichkeiten durch den Unternehmer gegenüber dem Staat ist. Dieses gesetzliche Merkmal wurde im Verwaltungsverfahren sorgfältig nachgewiesen, weil der Beschwerdeführer als unternehmende juristische Person ab dem Jahr 1997 mindestens bis zur Entscheidung des Verwaltungsberufungsorgans im Juni 2003 keine Versicherung für die soziale Sicherung abführte und den Beitrag für die staatliche Angestelltenpolitik und auch die Strafe nicht zahlte, seine Schuld stetig wuchs. Weil beim Verwaltungsermessen seitens der Aufhebung der Gewerbeberechtigung des Beschwerdeführers das gesetzliche Kriterium für diese Entscheidung des Verwaltungsorgans (die Nichterfüllung der Verbindlichkeiten durch das Unternehmen gegenüber dem Staat) entscheidend war, können im Rahmen dieses Ermessens unmöglich die behaupteten Verzögerungen in den Gerichtsstreitigkeiten, die unrichtige Entscheidung der staatlichen Organe und ein anderes behauptetes Verschulden der Organe der öffentlichen Gewalt überprüft werden, wenn zu diesen Angelegenheiten ganz eigene Verfahren laufen, nach anderen Rechtsvorschriften und daher auch unmöglich ihr letztlisches Ergebnis vorhergesehen werden kann.

In der Sache 3 As 39/2004-62, in der es ebenfalls um § 58 Abs. 3 des Gewerbegesetzes und ein entsprechend verstandenes Ermessen ging, sah das Kreisgericht nicht das Recht auf Unternehmung, verankert in Art. 26 der Urkunde, als verletzt an, denn das Gewerbegesetz bestimmt genau die Bedingungen und die Beschränkungen für die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit, und die Umstände, unter denen die Gewerbeberechtigung aufgehoben werden kann. Das unternehmerische Subjekt hat nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten, die das Gericht unter Anderem durch das Gesetz Nr. 589/1992 Slg. bestimmt sah. Aufgrund dieser Vorschriften kam es zum Eingriff in die unternehmerische Tätigkeit des Beschwerdeführers.<sup>1332</sup>

---

<sup>1332</sup> Zu 58 III vgl. auch 3 As 24/2003-72.



#### **IV. Zusammenfassung und Ausblick**

Entsprechend den Ausführungen in Teil A) richtete sich der Gang der Behandlung des Untersuchungsgegenstands des Verwaltungsermessens zur Bewältigung der Zielsetzung des rechtsdogmatischen Erkenntnisgewinns für die Theoriebildung in Bezug auf die Problematik des tschechischen Verwaltungsermessens betreffend dessen Interpretation und Anwendung einerseits und verwaltungsgerichtliche Überprüfung nach einheitlichen Kriterien und Gesichtspunkten andererseits gemäß den methodischen Anforderungen insbesondere der Verwaltungsrechtsvergleichung nach der aufgeworfenen Fragestellung der rechtlichen Verfasstheit des Verwaltungsermessens.

Im Teil B) der Untersuchung wurden dazu in einem ersten Abschnitt (I.) zunächst die historischen Zusammenhänge und die rechtstheoretische Entwicklung des begrifflichen Verständnisses des Verwaltungsermessens als Rechtsinstitut erarbeitet, um anschließend die rechtsdogmatischen Wesenszüge und Begriffszusammenhänge sowie Kriterien für die Auslegung und Anwendung dieses Rechtsinstituts zu bestimmen. Nach der Behandlung der geschichtlichen Entwicklung der Grundlagen des Verwaltungsermessens und des Verhältnisses zu öffentlichen subjektiven Rechten (1.) wurden sowohl (2. a) die Auffassungen der tschechischen Literatur und als auch (2. b)) der Judikatur der älteren und neueren Verwaltungsgerichtsbarkeit, vor allem (2. c) aa)) des ehemaligen und wiedererrichteten Obersten Verwaltungsgerichts (ehemaliges NSS bzw. NSS)<sup>1333</sup>, sowie im Anschluss (2. c) bb)) der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenübergestellt. Es folgte die Behandlung der rechtstheoretischen Entwicklung des begrifflichen Verständnisses des Verwaltungsermessens (2. d)), insbesondere unter Gegenüberstellung von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen, im Ergebnis mit den beiden aufgezeigten sich ausschließenden Alternativen der Auffassung des Ermessens als Rest subjektiver Wertung und der Ansicht, dass im Hinblick auf die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs rechtsdogmatisch nur eine einzige Lösung in Betracht kommt. Daran anschließend wurde die rechtsdogmatische Bedeutung für die heutige Literatur und Rechtspraxis erörtert (2. e)), um überleitend die spezifischen Fragestellungen und Problembereiche im Hinblick auf die rechtsdogmatische Verfasstheit des Verwaltungsermessens zu bestimmen. Zunächst wurden die Wesenszüge und Begriffszusammenhänge des Verwaltungsermessens als Ausdruck der öffentlichen Gewalt in seiner Reichweite, Gebundenheit, Freiheit und Gesetzmäßigkeit behandelt (3.). Unter

---

<sup>1333</sup> Bývalý Nejvyšší správní soud (bývalý NSS) bzw. Nejvyšší správní soud (NSS).

Ableitung von Strukturkategorien vor allem in der Gestalt von Grundsätzen und Prinzipien wurden Kriterien für die Auslegung und Anwendung (4.), namentlich die Bestimmung des Verwaltungsermessens durch die sog. allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts und die sog. Prinzipien der guten Verwaltung gebildet.

Der zweite Abschnitt (II.) befasste sich mit der verwaltungsprozessualen Fragestellung der gerichtlichen Überprüfbarkeit und Kontrolldichte des Verwaltungsermessens unter Berücksichtigung der in 4. abgeleiteten ermessensbestimmenden und –begrenzenden Gesichtspunkte. Nach der allgemeinen Funktionsbestimmung der Überprüfung des Verwaltungsermessens durch die Gerichtsbarkeit und im Verwaltungsverfahren unter Betonung der notwendigen Gesichtspunkte der Rechtmäßigkeit, Richtigkeit und Gerechtigkeit bei der Geltendmachung bzw. dem Gebrauch des Verwaltungsermessens wurden im Rahmen der Behandlung der Ermessensüberprüfung durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit zunächst die Entwicklung und die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik einschließlich der neuen Verwaltungsprozessordnung (VwPO) untersucht. Hinsichtlich der Überprüfung von Ermessensentscheidungen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde nach der Behandlung der Entwicklung und Grundlagen der gerichtlichen Ermessensüberprüfung die Regelung der gerichtlichen Überprüfung des Verwaltungsermessens nach Teil Fünf der ZPO n. F. und im Rahmen der neuen VwPO im Einzelnen unter besonderer Berücksichtigung des Missbrauchs des Verwaltungsermessens im Hinblick auf die qualitative Ausfüllung des Verwaltungsermessens untersucht, bevor die grundsätzliche Aufgabe der Gerichtsbarkeit bei der Bestimmung und Durchsetzung von das Verwaltungsermessen begrenzenden Gesichtspunkten unter Hervorhebung vor allem bestimmender Prinzipien und Grundsätze zur „Kultivierung des Bereichs des Verwaltungsermessens“ erörtert werden konnte.

Unter Rückgriff auf die gewonnenen Ergebnisse des Teils B) der Untersuchung wurden im wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Teil C) nach der Erörterung der gewerberechtlichen Grundlagen (I.) Erscheinungsformen und Gebrauch sowie Überprüfung des Verwaltungsermessens auf dem Gebiet des tschechischen Gewerberechts (II.) unter Heranziehung sowohl der älteren als auch neueren einschlägigen Judikatur behandelt und dadurch einerseits die Notwendigkeit einer im Ergebnis bereits aufgezeigten rechtsdogmatisch stimmigen Verfasstheit des Rechtsinstituts des Verwaltungsermessens und andererseits aber auch eine immer noch vorzufindende in der älteren klassischen Rechtstheorie fußende Verhaftung in einem sog. weiten Ermessensverständnis veranschaulicht.

## D. Literaturverzeichnis

- Adamovich**, Ludwig K./  
**Funk**, Bernd-Christian      Allgemeines Verwaltungsrecht, 2., neubearbeitete Auflage,  
Springer Wien u. a. 1984
- Antoniolli**, Walter/**Koja**, Friedrich      Allgemeines Verwaltungsrecht, Lehr- und Handbuch für  
Studium und Praxis, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Mänzsche  
Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1986
- Aleš**, Martin      Česko-německý právní slovník (*Tschechisch-Deutsches  
Rechtswörterbuch*), 2. aktualisierte und ergänzte Auflage, Linde Praha  
2003
- Ders.      Německo-český právní slovník (*Deutsch-Tschechisches  
Rechtswörterbuch*), 2. aktualisierte und ergänzte Auflage, Linde Praha  
2003
- Alexy**, Robert      Ermessensfehler, JZ 1986, S. 701
- Ders.      Theorie der Grundrechte, 2. Auflage, Frankfurt a. M. 1994
- Arnold**, Rainer/**Weiß**, Wolfgang      Die Auslegung des Rechtsstaatsbegriffs in der Rechtsprechung des  
tschechischen Verfassungsgerichts, in: Entwicklungen im  
Europäischen Recht, Band 24, 2. Auflage 2005, hrsg. v. Prof. Dr.  
Rainer Arnold, Jean-Monnet-Lehrstuhl für Europarecht, Universität  
Regensburg
- Arnold**, Rainer/**Kovařík**, Vladimír      Die Konzeption des Grundrechtsschutzes in der Tschechischen  
Republik, in: Entwicklungen im Europäischen Recht, Band 7, 2003,  
hrsg. v. Prof. Dr. Rainer Arnold, Jean-Monnet-Lehrstuhl für  
Europarecht, Universität Regensburg
- Bachof**, Otto/**Drath**, Martin/  
**Gönnenwein**, Otto/**Walz**, Ernst      Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht,  
Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V.  
Mainz, Band 6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek. Hrsg.,  
Durchgesehene, textlich unveränderte 2. Auflage. Günter Olzog  
Verlag München 1955

<b>Badura, Peter</b>	Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 2. völlig neu bearbeitet Auflage, Mohr Siebeck Tübingen 2005
<b>Bažil, Zdeněk</b>	Neurčité právní pojmy a uvážení při aplikaci norem správního práva (se zvláštním zřetelem na judikaturu bývalého čl. Nejvyššího správního soudu) ( <i>Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen bei der Anwendung von Normen des Verwaltungsrechts ( mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des ehemaligen tschechosl. Obersten Verwaltungsgerichts)</i> ), Univerzita Karlova Praha: Karolinum, 1993, AUC Iuridica 6/1992
<b>Bernatzik, Edmund</b>	Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886, Neudruck Aalen 1964
<b>Bierling, Ernst Rudolf</b>	Juristische Prinzipienlehre. In 5 Bänden. Mohr Freiburg i. B. u.a., Band 1, 1894
<b>Binder, Julius</b>	Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammlers, Scholl Leipzig 1915
<b>Bleckmann, Albert</b>	Ermessensfehlerlehre: Völker- und Europarecht, vergleichendes Verwaltungsrecht, Carl Heymanns Verlag KG 1997
<b>Boguszak, Jiří</b>	Právní principy ( <i>Rechtsprinzipien</i> ), Pelhřimov 1998
Ders.	Právní principy, Rechtsprinzipien, Principles of Law, Pelhřimov 1999
<b>Boguszak, Jiří /Čapek, Jiří/ Gerloch, Aleš</b>	Teorie práva ( <i>Rechtstheorie</i> ), Eurolex Bohemia Praha 2001
<b>Bohata, Petr</b>	Tschechoslowakei: Anordnung über private Erwerbstätigkeit von 1987, Einführung und Übersetzung, JOR 1988, S. 363
Ders.	Die Gewerbeordnung in den Nachfolgestaaten der CSFR, JOR 1993, S. 25
Ders.	Justizreformen in der Tschechoslowakei und ihren Nachfolgestaaten, forost (Forschungsverbund Ost- und Südosteuropa) Nr. 16 München November 2003
<b>Breidenbach, Stefan (Hrsg.)</b>	Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO), C. H. Beck München, Band 1, Länderteil CS, Loseblatt-Ausgabe

<b>Brothánková, Jana/Žižková, Marie</b>	Soudní řád správní ( <i>Verwaltungsprozessordnung</i> ), Linde Praha 2004
<b>Brunner, Georg/Hofmann, Mahulena/Holländer, Pavel</b>	Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik - Analysen und Sammlung ausgewählter Entscheidungen des Tschechischen Verfassungsgerichts (Bände I. - X. der amtlichen Sammlung), 1. Auflage, Nomos Baden-Baden 2001
<b>Bullinger, Martin</b>	Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung, JZ 1984, S. 1001
Ders.	Verwaltungsermessen im modernen Staat, Nomos Baden-Baden 1986
<b>Bureš, J./ Drápal, L./ Mazanec, M.</b>	Občanský soudní řád, komentář ( <i>Zivilprozessordnung, Kommentar</i> ), 3. Auflage, C. H. Beck Praha 1997
<b>Bureš, J./ Drápal, L./ Mazanec, M.</b>	Občanský soudní řád, komentář ( <i>Zivilprozessordnung, Kommentar</i> ), 5. Auflage, C. H. Beck Praha 2001
<b>Bydlinski, Franz</b>	Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Springer Wien u. a. 1982
<b>Classen, Claus Dieter</b>	Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und europäischen Verwaltungsprozessrecht, Mohr Siebeck Tübingen 1996
<b>Černý, Petr</b>	Soudní přezkum správního uvážení ( <i>Die gerichtliche Überprüfung des Verwaltungsermessens</i> ), in Bulletin advokacie 7-8/2005, S. 60
<b>Dědič, Jan/ Baumgartner, Christian</b>	Tschechisches und slowakisches Wirtschaftsrecht, Wien 1994
<b>Dostál, Martin</b>	Ústavní soud České republiky v letech 1993-2000 ( <i>Das Verfassungsgericht der Tschechischen Republik in den Jahren 1993- 2000</i> ), Linde Praha, 2004
<b>Dworkin, Ronald</b>	Když se práva berou vážně (Bürgerrechte ernst genommen; Taking Rights Seriously), Praha 2001
<b>Eckmann, Horst</b>	Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie, Duncker & Humblot Berlin 1969

<b>Ehmke, Horst</b>	„Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht, Recht und Staat Heft 230/231, Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1960
<b>Engisch, Karl</b>	Einführung ins juristische Denken, hrsg. und bearb. v. Prof. Dr. Thomas Würtenberger und Dr. Dirk Otto, 10. Auflage, Verlag W. Kohlhammer Stuttgart 2005
<b>Essler, Wilhelm Karl</b>	Analytische Philosophie I, Alfred Kröner Verlag Stuttgart 1972
<b>Filip, Jan</b>	K pojmu základního práva nebo svobody z hlediska jednoho nálezu Ústavního soudu ( <i>Zum Begriff des Grundrechts und der Grundfreiheit aus der Sicht eines Urteils des Verfassungsgerichts</i> ), Právník, Jg. 1995, Nr. 8
Ders.	Některé otázky vztahu konkretizace a omezení základních práv a svobod v ČR ( <i>Einige Fragen der Beziehung der Konkretisierung und der Begrenzung der Grundrechte und Grundfreiheiten</i> ), časopis pro právní vědu a praxi, Jg. 1997, Nr. 4
<b>Filip, Jan/Holländer, Pavel/Šimíček, Vojtěch</b>	Zákon o Ústavním soudu, komentář ( <i>Das Gesetz über das Verfassungsgericht, Kommentar</i> ), C. H. Beck Praha 2001
<b>Frowein, Jochen Abr. (u. a.)</b>	Die Kontrollsdichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, Springer-Verlag 1993
Ders.	Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa, Berlin 1998
<b>Gärtner, Wolfram</b>	Die Neugestaltung der Wirtschaftsverfassungen in Ostmitteleuropa, eine vergleichende Untersuchung am Beispiel Ungarns, Polens, der Tschechischen und der Slowakischen Republik, Berlin-Verlag Spitz 1996
<b>Hácha, Emil</b>	Slovník veřejného práva československého ( <i>Lexikon des tschechoslowakischen öffentlichen Rechts</i> ), díl II ( <i>Band II</i> ), Polygrafia Brno 1932
<b>Hart, Herbert Lionel Adolphus</b>	The concept of law, Oxford 1961
<b>Hendrych, Dušan a kol. (u. a.)</b>	Právnícký slovník ( <i>Rechtswörterbuch</i> ), 1. Auflage, C. H. Beck Praha 2001

Ders. a kol. (u. a.)	Právní slovník ( <i>Rechtswörterbuch</i> ), 2. Auflage, C. H. Beck Praha 2003
Ders. a kol. (u. a.)	Správní právo. Obecná část ( <i>Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil</i> ), 4. geänderte und erweiterte Auflage, C. H. Beck Praha 2001
Ders. a kol. (u. a.)	Správní právo. Obecná část ( <i>Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil</i> ), 5. geänderte und erweiterte Auflage, C. H. Beck Praha 2003
Ders.	Správní věda. Teorie veřejné správy ( <i>Verwaltungswissenschaft. Theorie der öffentlichen Verwaltung</i> ), ASPI 2003
Ders./Svoboda, Cyril a kol. (u. a.)	Ústava České republiky, komentář ( <i>Verfassung der Tschechischen Republik, Kommentar</i> ), C. H. Beck Praha 1997
Hoetzel, Jiří	Československé správní právo. Část všeobecná ( <i>Tschechoslowakisches Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil</i> ), 2. Auflage, Melantrich Praha 1937
Ders.	Slovník veřejného práva československého ( <i>Lexikon des tschechoslowakischen öffentlichen Rechts</i> ), díl V ( <i>Band V</i> ), Brno 1948
Horzinková, Eva/Urban, V.	Živnostenský zákon a předpisy souvisící s komentářem a příklady ( <i>Gewerbegesetz mit anhängendem Kommentar und Beispielen</i> ), 10. Auflage, Linde Praha, 2005
Horzinková, Eva	Koncesní systém v živnostenském podnikání ( <i>Konzessionssystem in der Gewerbeausübung</i> ), Praha Anag 2002
Hošková, Mahulena	Zur Wiederherstellung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei, ZaöRV 52 (1992), S. 334
Hrdina, Pavel	Přezkoumatelnost rozhodnutí správních orgánů vydaných v rámci jejich diskreční pravomoci ( <i>Überprüfbarkeit von im Rahmen ihrer Ermessensfreiheit erlassenen Entscheidungen der Verwaltungsorgane</i> ), Právní rozhledy, Jg. 1999, Nr. 4, S. 184
Jellinek, Walter	Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin 1928

- Ders. Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und –verfügungen. Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1913, Scientia Verlag Aalen 1964
- Jesch, Dietrich** Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 1957 (Band 82), 163
- Jöhr, Eduard** Die verwaltungsgerichtliche Ueberprüfung des administrativen Ermessens, Aarau Verlag H. R. Sauerländer & Co. 1931, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft. Neue Folge, Heft 25
- Kelsen, Hans** Reine Rechtslehre, mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit, 2., vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Deuticke Wien 1960
- Knapp, Viktor** Teorie práva (*Rechtstheorie*), C. H. Beck, Praha 1995
- Ders. Právní pojmy a právní terminologie (*Rechtsbegriff und Rechtsterminologie*), Bulletin Ústavu státní správy, Praha Nr. 4/78
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut** Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, Beck München 1982
- Ders. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht – Eine logische und semantische Studie zur Gesetzbindung der Verwaltung, Metzner Frankfurt am Main 1979
- Kohout, A./Horzinková, Eva** Československý živnostenský zákon (*Das tschechoslowakische Gewerbegesetz*), Linde Praha 1991
- Kohout, A.** Novelizace nebo nový živnostenský zákon (*Novellierung oder neues Gewerbegesetz*), Právo a podnikání, 1993, Nr. 3
- Kohout, A.** Srovnávací studie úpravy vybraných otázek živnostenského práva v zákonodárství ČSFR, Rakouska a některých členských států Evropských společenství a v komunitárním právu (*Vergleichende Studie der Regelung ausgewählter Fragen des Gewerberechts in der Gesetzgebung der ČSFR*), Studie a informace Nr. 20, Prag Dezember 1991/Januar 1992



<b>Kopecký, Martin/Pomahač, Richard</b>	Prameny ke studiu správního práva ( <i>Quellen zum Studium des Verwaltungsrechts</i> ), Všechny Praha 1993
<b>Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich</b>	Verwaltungsverfahrensgesetz, 8., wesentlich überarbeitete Auflage, C. H. Beck München 2003
<b>Kuss, Klaus-Jürgen</b>	Gerichtliche Verwaltungskontrolle in Osteuropa, Osteuropa-Institut an der Freien Universität Berlin, Rechtswissenschaftliche Veröffentlichungen, Band 15, Nomos Baden-Baden 1990
<b>Kutschera, Franz von</b>	Sprachphilosophie, München 1965
<b>Larenz, Karl</b>	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6., neu bearbeitete Auflage, Springer Verlag Berlin u. a. 1991
<b>Luby, Š.</b>	Slovenská právna terminológia – vývin, stav, výklady ( <i>Slowakische Rechtsterminologie – Entwicklung, Stand, Auslegungen</i> ), Právnické štúdie Nr. 4/1953
<b>Luchterhandt, Otto (Hrsg.)</b>	Verwaltung und Verwaltungsrecht im Erneuerungsprozess Osteuropas, Berlin 2001
<b>Lukeš, Zdeněk</b>	Obecné a speciální zmocnění ve správě na úseku ochrany veřejného pořádku ( <i>Allgemeine und spezielle Ermächtigungen in der Verwaltung im Bereich des Schutzes der öffentlichen Ordnung</i> ), IUC-Iuridica, Prag 1968
<b>Macur, Josef</b>	Správní soudnictví a jeho uplatnění v současné době ( <i>Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihre Durchsetzung in der Gegenwart</i> ), Masarykova univerzita Brno 1992
<b>Marco, Joseph/Ableitinger, Alfred/ Bröstl, Alexander/ Holländer, Pavel (Hrsg.)</b>	Revolution und Recht – Systemtransformation und Verfassungsentwicklung in der Tschechischen und Slowakischen Republik, Peter Lang Verlag, 2000
<b>Mayer, Friedrich Franz</b>	Grundsätze des Verwaltungsrechts. Mit bes. Rücksicht auf gemeinsames dt. Recht, sowie auf neuere Gesetzgebung u. bemerkenswerthe Entscheidungen d. obersten Behörden zunächst d. Königreiche Preußen, Baiern u. Württemberg, Laupp Tübingen 1862

- Mayer, Otto** Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München/Leipzig 1924
- Mayer-Maly, Dorothea/Simons, Peter M.** Das Naturrechtsdenken heute und morgen: Gedächtnisschrift für René Marcic, Duncker und Humblot Berlin 1983
- Mazanec, Michal** Soudní judikatura ve věcech správních 1993-1997 (*Die Rechtsprechung der Gerichte in Verwaltungssachen 1993-1997*), Linde Praha 1999
- Ders. Správní soudnictví (*Die Verwaltungsgerichtsbarkeit*), Linde Praha 1996
- Ders. Neurčité právní pojmy, volné správní uvážení, volné hodnocení důkazů a správní soud (*Die unbestimmten Rechtsbegriffe, das freie Verwaltungsermessen, die freie Beweiswürdigung und das Verwaltungsgericht*), Bulletin advokacie 4/2000, S. 8 ff.
- Merkel, Adolf** Allgemeines Verwaltungsrecht, Mit einem Vorwort zum Neudruck von Karl Korinek, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt 1969
- Ders. Obecné právo správní, I. díl (*Allgemeines Verwaltungsrecht, I. Band*), Orbis Praha/Brno 1931
- Ders. Obecné právo správní, II. díl (*Allgemeines Verwaltungsrecht, II. Band*), Orbis Praha/Brno 1932
- Merkel, Adolf J./Marcic, René/Verdroß, Alfred/Walter, Robert** Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, Deuticke Wien 1971
- Mikule, Vladimír** Místo správního soudnictví v soustavě prostředků k zajištění zákonnosti správy (*Der Platz der Verwaltungsgerichtsbarkeit im System der Mittel zur Sicherung der Gesetzlichkeit der Verwaltung*), Právník, Jg. 1968, Nr. 10
- Ders. Správní soudnictví – ano či ne? (*Verwaltungsgerichtsbarkeit – ja oder nein?*), Právník, Jg. 1968, Nr. 9
- Ders. Správní soudnictví v Československu (*Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei*), in: AUC-Iuridica, Nr. 4, Praha 1968

<b>Mikule, Vladimír / Sládeček, Vladimír</b>	Ústavní soudnictví a lidská práva ( <i>Die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Menschenrechte</i> ), Praha 1994
Dies.	Nad nálezu Ústavního soudu, kterým byla zrušena úprava správního soudnictví ( <i>Über das Urteil des Verfassungsgerichts, durch das die Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit aufgehoben wurde</i> ), Bulletin advocacie 10/2002, S. 59 ff.
<b>Mohnhaupt, Heinz/Schönfeldt, Hans-Andreas (Hrsg.)</b>	Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften: (1944-1989), Einführung in die Rechtsentwicklung; mit Quellendokumentation, Band 4, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Frankfurt a. M. 1998
<b>Murswiek, Dietrich</b>	Ermessenskontrolle / Beurteilungsspielraum / Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, in: Ress, Georg: Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrensrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, rechtsvergleichende Analysen zum österreichischen und deutschen Recht, Forschungen aus Staat und Recht, Band 89, Springer Wien 1990
<b>Nawiasky, Hans</b>	Allgemeine Rechtslehre, System der rechtlichen Grundbegriffe, 2., durchgearbeitete und erweiterte Auflage, Benzinger Einsiedeln 1948
<b>Němec, Jiří</b>	Ausländische Direktinvestitionen in der Tschechischen Republik, Mohr Siebeck 1997
<b>Ondruš, Radek</b>	Správní řád, nový zákon s důvodovou zprávou a poznámkami ( <i>Die Verwaltungsordnung, das neue Gesetz mit Begründungsbericht und Anmerkungen</i> ), Linde Praha 2005
<b>Ossenbühl, Fritz</b>	Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, S. 618 ff.
Ders.	Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, DÖV 1972, S. 401 ff.
<b>Pache, Eckhard</b>	Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren

	Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – Versuch einer Modernisierung, Jus Publicum 76, Mohr Siebeck Tübingen 2001
<b>Pavliček, Václav/ Hřebejk, Jiří</b>	Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář, 1. díl, Ústavní systém ( <i>Verfassung und Verfassungsordnung der Tschechischen Republik. Kommentar, 1. Band, Verfassungssystem</i> ), 2. Auflage, Linde Praha 1998
<b>Pomahač, Richard</b>	Průvodce veřejnou správou ( <i>Begleiter durch die öffentliche Verwaltung</i> ), Praha 1999
Ders.	Správní soudnictví a účinná ochrana ( <i>Verwaltungsgerichtsbarkeit und wirksamer Schutz</i> ), Správní právo, Jg. 2002, Nr. 4
<b>Pošvár, Jiří</b>	Obecné pojmy správního práva ( <i>Allgemeine Begriffe des Verwaltungsrechts</i> ), Československý akademický spolek Právník Brno 1946
<b>Pražák, Jiří</b>	Rakouské právo správní ( <i>Österreichisches Verwaltungsrecht</i> ), Nakl. Jednoty právnické Praha 1905
<b>Průcha, Petr</b>	Základní pojmy a instituty správního práva ( <i>Grundlegende Begriffe und Institute des Verwaltungsrechts</i> ), Masarykova univerzita Brno 1998
Ders.	Správní právo. Obecná část ( <i>Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil</i> ), Masarykova univerzita Brno 2001
Ders./ <b>Skulová, Soňa</b>	Správní právo. Procesní část ( <i>Verwaltungsrecht. Prozessualer Teil</i> ), 3. Auflage, Brno 2000
<b>Průcha, Pavel</b>	Živnostenské právo, Masarykova univerzita 2005
Ders.	Živnostenské oprávnění ( <i>Die Gewerbeberechtigung</i> ), Masarykova univerzita Brno 1998
<b>Rawls, John</b>	Teorie spravedlnosti ( <i>Eine Theorie der Gerechtigkeit</i> ), Praha 1995
<b>Ress, Georg</b>	Die Entscheidungsbefugnis in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine rechtsvergleichende Studie zum österreichischen und deutschen Recht, Springer Wien 1968

<b>Reuß, Herrmann</b>	Das Ermessen, DVBl. 1953, 585 ff.
<b>Rode, Lars-Henrik</b>	§ 40 VwVfG und die deutsche Ermessenslehre, Schriften zum deutschen und europäischen öffentlichen Recht, herausgegeben von Steffen Detterbeck, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften Frankfurt a. M. 2003
<b>Rouček, František</b>	Základy právnického myšlení ( <i>Grundlagen des Rechtsdenkens</i> ), Verlag Barvic a Novotny Brno 1938
<b>Rupp, Hans Heinrich</b>	Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Auflage, Mohr Siebeck 1991
Ders.	Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis, Mohr Tübingen 1965
<b>Salomon, Max</b>	Das Problem der Rechtsbegriffe, Carl Winters Universalbibliothek Heidelberg 1907
<b>Schwarze, Jürgen</b>	Europäisches Verwaltungsrecht – Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, 2. erweiterte Auflage, Nomos Baden-Baden 2005
<b>Sethy, Andreas</b>	Ermessen und unbestimmte Gesetzesbegriffe. Eine theoretische Untersuchung der Abgrenzung im Verwaltungsrecht, Verb. der Wiss. Ges. Österreichs, Wien 1973
<b>Siebenschlein, Hugo</b>	Tschechisch-Deutsches Wörterbuch, I. A-O, Fortuna Prag 1998
Ders.	Tschechisch-Deutsches Wörterbuch, II. P-Ž, Fortuna Prag 1998
<b>Skulová, Soňa</b>	Čím je ovládáno správní uvážení, aneb úvaha nejen o pravidlech, ale také o hodnotách, cílech, principech a zásadách (1. část) ( <i>Von was wird das Verwaltungsermessen beherrscht, oder eine Erwägung nicht nur über Regeln, sondern auch über Werte, Ziele, Prinzipien und Grundsätze(1. Teil)</i> ), Časopis pro právní vědu a praxi, Jg. 2002, Nr. 4, S. 330 ff.
Dies.	Čím je ovládáno správní uvážení, aneb úvaha nejen o pravidlech, ale také o hodnotách, cílech, principech a zásadách (2. část) ( <i>Von was</i>

- wird das *Verwaltungsermessen beherrscht, oder eine Erwägung nicht nur über Regeln, sondern auch über Werte, Ziele, Prinzipien und Grundsätze*(2. Teil)), Časopis pro právní vědu a praxi, Jg. 2003, Nr. 1, S. 29 ff.
- Dies. Čím je ovládáno správní uvážení, aneb úvaha nejen o pravidlech, ale také o hodnotách, cílech, principech a zásadách (3. část) (*Von was wird das Verwaltungsermessen beherrscht, oder eine Erwägung nicht nur über Regeln, sondern auch über Werte, Ziele, Prinzipien und Grundsätze*(3. Teil)), Časopis pro právní vědu a praxi, Jg. 2003, Nr. 3, S. 220 ff.
- Dies. Některé aspekty přezkumu správního uvážení v rámci správního soudnictví (*Einige Aspekte der Überprüfung des Verwaltungsermessens im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit*), Časopis pro právní vědu a praxi, Jg. 1999, Nr. 3, S. 244 ff.
- Dies. Rozhodování ve veřejné správě (*Entscheiden in der öffentlichen Verwaltung*), Masarykova univerzita Brno 1995
- Dies. (a kol.) Správní právo procesní (*Verwaltungsprozessrecht*), Eurolex Bohemia Praha 2005
- Dies. Správní uvážení (diskreční pravomoc) v kontextu současné veřejné správy (*Das Verwaltungsermessen (Ermessensfreiheit) im Kontext der gegenwärtigen öffentlichen Verwaltung*), Časopis pro právní vědu a praxi, Jg. 1999, Nr. 2, S. 135 ff.
- Dies. Správní uvážení - základní charakteristika a souvislosti pojmu (*Das Verwaltungsermessen – grundlegende Charakteristika und Begriffszusammenhänge*), Masarykova Univerzita v Brně, Acta Universitatis Masarykianae Brunensis Iuridica 2003
- Sládeček, Vladimír** Obecné správní právo (*Allgemeines Verwaltungsrecht*), ASPI 2004
- Šlauf, V./ Matrasová, E./ Příhoda, P./Šmíd, L.** Správní řád (*Verwaltungsordnung*), Praha 2003
- Springer, Paul** Justizreform in Tschechien – eine unendlich erfolglose Aufgabe?, WiRO (Heft 3) 2006, S. 81 ff.

Ders.	Gewaltenteilung in Tschechien, WiRO (Heft 4) 2006, S. 109 ff.
<b>Staša, Josef/ Srbová, Irena</b>	Zákon o živnostenském podnikání (živnostenský zákon) a předpisy související. Komentář ( <i>Gesetz über die Gewerbeausübung (Gewerbegesetz) und zusammenhängende Vorschriften. Kommentar</i> ), 4., ergänzte und überarbeitete Auflage, C. H. Beck Praha 2005
<b>Švidroň, Jan</b>	Tvorba a právo ( <i>Bildung und Recht</i> ), Veda Bratislava 1991
<b>Tezner, Friedrich</b>	Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, Wien 1888
Ders.	Die Deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, 1901, Sonderdruck aus Verwa.Arch. Bd. VIII, S. 220, 475; Bd. IX, S. 159, 515
Ders.	Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden. Kritisch-systematisch erörtert auf Grund der österreichischen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, Deuticke Leipzig/Wien 1924
<b>Thaler, Michael</b>	Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung, Forschungen aus Staat und Recht 59, Springer Wien u. a. 1982
<b>Trettenbach, Ursula</b>	Die neue tschechische Verwaltungsgerichtsordnung, Forschungsverband Ost- und Südosteuropa (forost München), Arbeitspapier Nr. 12 Februar 2003
<b>Váňa, Vít.</b>	Správní uvážení při ukládání správních sankcí ( <i>Das Verwaltungsermessen bei der Auferlegung von Verwaltungssanktionen</i> ), Masarykova univerzita Brno 2005
<b>Vopálka, Vladimír</b>	Nová úprava správního soudnictví ( <i>Die neue Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit</i> ), ASPI 2003
Ders./ <b>Šimůnková, V./ Šolín, M.</b>	Správní řád. Komentář ( <i>Verwaltungsordnung. Kommentar</i> ), 2. Auflage, C. H. Beck Praha 2003
<b>Vondráčková, Natálie</b>	Správní uvážení v činnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ( <i>Das Verwaltungsermessen in der Betätigung des Amtes zum Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs</i> ), Masarykova univerzita Brno 2003

<b>Wacup</b> , Gesine	Das freie Ermessen und der Beurteilungsspielraum im unbestimmten Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Köln Diss. 1963
<b>Wamser</b> , Klaus	Die Revisibilität unbestimmter Begriffe: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit 1936, Marburg 1961
<b>Weinberger</b> , Ota	Norm und Institution, Wien 1988
Ders.	Filozofie, právo, morálka ( <i>Philosophie, Recht, Moral</i> ), Brno 1993
Ders.	Základy právní logiky ( <i>Grundlagen der Rechtslogik</i> ), Brno 1993
Ders.	Logika. Učebnice pro právníky ( <i>Logik. Ein Lehrbuch für Juristen</i> ), SPN Praha 1959
<b>Weiß</b> , Wolfgang	Die Verankerung des Rechtsstaatsprinzips in tschechischen Verfassung, Diss. Regensburg 2004
<b>Weyr</b> , František	Československé právo správní. Obecná část ( <i>Tschechoslowakisches Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil</i> ), Praha/Brno 1922
Ders.	Teorie práva (Rechtstheorie). Sbirka spisů právnických a národohospodářských. Karel Engliš a František Weyr (Sammlung juristischer und nationalwirtschaftlicher Schriften. Karel Engliš a František Weyr). Svazek LXXXIII (Band LXXXIII), Orbis Praha XII., Fochova 62 Brno – Praha 1936
<b>Wieser</b> , Bernd/ <b>Stolz</b> , Armin (Hrsg.)	Vergleichendes Verwaltungsrecht in Ostmitteleuropa – Grundriss der Verwaltungsordnungen Polens, Tschechiens, der Slowakei und Ungarns, Verlag Österreich GmbH 2004
<b>Wintr</b> , Jan	Charakteristické principy práva a právních odvětví ( <i>Charakteristische Rechtsprinzipien und Rechtsgebiete</i> ), Rigorózní práce z oboru teorie práva 2002
<b>Wolff</b> , Hans J./ <b>Bachof</b> , Otto	Verwaltungsrecht, Band I, 11. Auflage, C. H. Beck München 1999



**Wolff**, H. Karl

Grundlehre des Sollens. Zugleich eine Theorie der Rechtserkenntnis.  
Ein Buch für Juristen und Philosophen, Wagner Innsbruck 1924

**Žitná**, Eva

Správní uvážení v řízení o azylu (*Das Verwaltungsermessen im Asylverfahren*), Masarykova universita Brno 2005

## E. Rechtsprechungsverzeichnis<sup>1334</sup>

### *Rechtsprechung in Verwaltungssachen:*

Urteil vom 21.1.1919 (Boh. adm. 13/1<sup>1335</sup>)

R 68/1971 (S. 237)<sup>1336</sup>

R 1/1978 (S. 32)

Urteil des Prager Obergerichts (Vrchního soudu) vom 15.10.1992, Gz.<sup>1337</sup> 6 A 6/92-3

Urteile des Prager Obergerichts (Vrchního soudu), Gz. 6 A 99/92-50

Urteil des Prager Obergerichts (Vrchního soudu) Gz. 6 A 129/93-20

Beschluss des Prager Obergerichts (Vrchního soudu) vom 26.1.1994, Gz. 6 A 166/93-8

Urteil des Prager Obergerichts (Vrchního soudu) vom 4. 8. 1995, Gz. 6 A 1/94-43

Urteil des Prager Obergerichts (Vrchního soudu) vom 25. 9. 1998, Gz. 6 A 85/96-24

Urteil des Prager Obergerichts (Vrchního soudu) vom 25.1.2000, Gz. 6 A 1/99-51

Beschluss des Brünner Kreisgerichts (Krajského soudu) vom 21.4.1997, Gz. 29 Ca 174/96-30

S 3 (SP 3/1993)<sup>1338</sup>

S 47 (SP 4/1994)

S 50 (SP 5/1994)

S 60 (SP 6/1994)

S 112 (SP 2/1996)

S 123 (SP 5/1996)

S 128 (SP 5/1996)

---

<sup>1334</sup> Auswahl der wichtigsten Entscheidungen.

<sup>1335</sup> Bohuslavova sbírka nálezů Nejvyššího správního soudu ve věcech administrativních (1918-1949) 13/1 (Jos. V. Bohuslav: Slg. der Erkenntnisse des Obersten Verwaltungsgerichts in Verwaltungssachen, Nr. 13, Jahrgang 1).

<sup>1336</sup> Sbírka soudních rozhodnutí a stanovisek NS ČR (Nejvyššího soudu České republiky) (Sammlung der Entscheidungen und Stellungnahmen des Obersten Gerichts der Tschechischen Republik), Ordnungsnummer 68, Jahrgang 1971, Seite 237 (Zitiert nach Brothánková, Jana/ Žižková, Marie: Soudní řád správní (*Verwaltungsprozessordnung*), Linde Praha 2004)

<sup>1337</sup> Geschäftszahl (*číslo jednací*).

<sup>1338</sup> Gerichtsentscheidung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, veröffentlicht unter der Ordnungsnummer 3 in der Zeitschrift Správní právo (Verwaltungsrecht) Nr. 3 Jahrgang 1993 (1993-1997) (Zitierweise nach Sládeček, Vladimír: Obecné správní právo (Allgemeines Verwaltungsrecht) ASPI 2004 Praha).

S 151 (SP 2/1997)

S 170 (SP 6/1997)

S 50 (SJS/1998)<sup>1339</sup>

S 205 (SJS/1998)

S 240 (SJS/1998)

S 303 (SJS/1998)

S 352 (SJS/1998)

S 434 (SJS/1999)

S 477 (SJS/1999)

S 513 (SJS/1999)

S 575 (SJS/2000)

S 612 (SJS/2000)

S 626 (SJS/2000)

S 628 (SJS/2000)

Entscheidung NSS<sup>1340</sup> vom 1.9.2005 5 Azs 378/2004-66 (unveröffentlicht)

Entscheidung NSS vom 17.8.2005 1 Azs 240/2004-58 (unveröffentlicht)

Entscheidung NSS vom 15.4.2005 7 Azs 351/2004-50 (unveröffentlicht)

Entscheidung NSS vom 10.3.2005 7 Azs 325/2004-49 (unveröffentlicht)

Entscheidung NSS vom 22.6.2005 3 Azs 132/2004-47 (unveröffentlicht)

Entscheidung NSS vom 13.7.2005 2 Azs 427/2004-40 (unveröffentlicht)

Entscheidung NSS vom 30.3.2005 4 Azs 427/2004-45 (unveröffentlicht)

Entscheidung NSS vom 8.2.2005 3 Azs 427/2004-43 (unveröffentlicht)

Entscheidung NSS vom 19.1.2006 6 Azs 427/2004-52 (unveröffentlicht)

---

<sup>1339</sup> Gerichtsentscheidung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, veröffentlicht unter der Ordnungsnummer 50 in der Zeitschrift Soudní judikatura ve věcech správních (Die Judikatur der Gerichte in Verwaltungssachen) Jahrgang 1998 (Praha ASPI 1998-2002) (Zitierweise nach Sládeček, Vladimír: Obecné správní právo (Allgemeines Verwaltungsrecht) Praha ASPI 2004).

<sup>1340</sup> Oberstes Verwaltungsgericht (*Nejvyšší správní soud*).

Entscheidung Nr. 24/2003 Slg. NSS, Heft 1<sup>1341</sup>

Entscheidung Nr. 99/2004 Slg. NSS, Heft 2

Entscheidung Nr. 132/2004 Slg. NSS, Heft 3

Entscheidung Nr. 186/2004 Slg. NSS, Heft 5

Entscheidung NSS vom 16.8.2005 5 Azs 190/2005-51 (unveröffentlicht)

*Verfassungsrechtsprechung:*

Pl.<sup>1342</sup> ÚS 1/93, Nr. 19/1993, Slg. ÚS, Bd. 1<sup>1343</sup>

Pl. ÚS 43/1993, Nr. 16/1994, Slg. ÚS, Bd. 1

Beschluss ÚS Nr. 23/1994 Slg. ÚS, Bd. 2

Beschluss III.<sup>1344</sup> ÚS 101/95, Nr. 22/1995 Slg. ÚS, Bd. 4

Entscheidung III. ÚS 101/95, Slg. ÚS, Bd. 4

Urteil ÚS Nr. 229/1995, Slg. ÚS, Bd. 7

Entscheidung III. ÚS 28/96, Slg. ÚS, Bd. 5

Pl. ÚS Nr. 3/1996, Slg. ÚS, Bd. 7

Pl. ÚS 18/96, Nr. 85, Slg. ÚS, Bd. 6

Urteil ÚS Nr. 136/1996, Slg. ÚS, Bd. 6<sup>1345</sup>

Pl. ÚS 1/97, Nr. 281/1998, Slg. ÚS, Bd. 12

Urteil ÚS Nr. 66/1997 Slg. ÚS, Bd. 8

Urteil ÚS Nr. 97/1997 Slg. ÚS, Bd. 8

Urteil Nr. 158/1997 Slg. ÚS, Bd. 6

Entscheidung III. ÚS 226/97, 1997, Slg. ÚS, Bd. 5

---

<sup>1341</sup> Gerichtsentscheidung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, veröffentlicht unter der Ordnungsnummer 24 im Heft 1, der Sammlung der Entscheidungen des Obersten Verwaltungsgerichts (Sbírka rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (NSS)) (Zitierweise, a.a.O.).

<sup>1342</sup> Plenarentscheidung des tschechischen Verfassungsgerichts.

<sup>1343</sup> Entscheidung des Verfassungsgerichts (VG) (*Ústavní soud*) aus dem Jahr 1993, veröffentlicht unter der Ordnungsnummer 19 im Band 1 der Urteils- und Beschlussammlung des Verfassungsgerichts (*Sbírka nálezu a usnesení Ústavního soudu*).

<sup>1344</sup> Die römische Ziffer bezeichnet den entsprechenden Senat des tschechischen Verfassungsgerichts.

<sup>1345</sup> (Urteils-)Spruch des Verfassungsgerichts aus dem Jahr 1996, veröffentlicht unter der Ordnungsnummer 136 im Band 6 der Urteils- und Beschlussammlung des Verfassungsgerichts.

Pl. ÚS 25/97, Nr. 159/1998, Slg. ÚS, Bd. 11

Pl. ÚS 27/97, Slg. ÚS, Bd. 11

Urteil ÚS Nr. 53/1998, Slg. ÚS, Bd. 11

Urteil ÚS Nr. 58/1998, Slg. ÚS, Bd. 11

Beschluss ÚS Nr. 46/1998, Slg. ÚS, Bd. 11

Pl. ÚS 432/98, Nr. 160, Slg. ÚS

Entscheidung II. ÚS 277/1999, Slg. ÚS, Bd. 24

Urteil ÚS Nr. 125/1999, Slg. ÚS, Bd. 15

Urteil ÚS Nr. 130/1999, Slg. ÚS, Bd. 15

Pl. ÚS 23/2000, Slg. ÚS, Bd. 23

Urteil ÚS Nr. 43/2000, Slg. ÚS, Bd. 17

Beschluss ÚS Nr. 35/2000, Slg. ÚS, Bd. 19

Beschluss ÚS Nr. 38/2000, Slg. ÚS, Bd. 20

Urteil ÚS Nr. 104/2000, Slg. ÚS, Bd. 20

Urteil ÚS Nr. 105/2000, Slg. ÚS, Bd. 20

Urteil ÚS Nr. 36/2001, Slg. ÚS

Urteil ÚS Nr. 96/2001, Slg. ÚS

Pl. ÚS 11/2000, Nr. 113/2001, Slg. ÚS, Bd. 5

Entscheidung III. ÚS 263/01, Slg. ÚS

*Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)*<sup>1346</sup>:

Fall Obermeier v. Austria vom 28.6.1990, A179<sup>1347</sup>

Fall Margareta a Roger Andersson vom 25.2.1992, A226-A<sup>1348</sup>

---

<sup>1346</sup> Die Fälle können auf der Datenbank des EGMR eingesehen werden:  
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=6433540&skin=hudoc-en>

<sup>1347</sup>  
<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&source=tkp&highlight=Obermeier&sessionId=6433540&skin=hudoc-en>

Fall Bryan v. The United Kingdom vom 22.11.1995, A335-A<sup>1349</sup>

Fall Oliveira vom 4.6.2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-IV<sup>1350</sup>

Fall Silver u. a. vom 25.3.1983, A61<sup>1351</sup>

Fall Malone vom 2.8.1984, A82<sup>1352</sup>

---

1348

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=Andersson&sessionid=6433540&skin=hudoc-en>

1349

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&source=tkp&highlight=Bryan&sessionid=6433540&skin=hudoc-en>

1350

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Oliveira&sessionid=6433540&skin=hudoc-en>

1351

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Silver&sessionid=6433540&skin=hudoc-en>

1352

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Malone&sessionid=6433540&skin=hudoc-en>

## F. Quellenverzeichnis

Gesetzessammlungen<sup>1353</sup>:

- *Říšský zákoník* (Ř.z.) 1848-1918 in deutsch und tschechisch
- *Sbírka zákonů Československé republiky* (Sb.) 1918-1939 (teilweise in deutsch)
- *Zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava* 1940-1945
- *Slovenský zákonník* 1939-1945
- *Sbírka zákonů Československé (ab 1960 socialistické) republiky* (Sb.) 1945-1992
- *Úřední list* (Ú.l.) 1948-1960
- *Sbírka zákonů České republiky* seit 1993 laufend

Zeitschriften:

- *Právník* seit 1890 (Lücke 1941-1957)
- *Zprávy právnické jednoty Moravské* (1898 – 1917)
- *Časopis pro právo a státní vědu* (1919 – 1934)
- *Soudcovské listy* (1920 – 1943)
- *Časopis pro právní a státní vědu* (1918 – 1942)
- *Věstník ministerstva spravedlnosti* (1918 – 1943)
- *České právo* (1922 – 1940)
- *Sociální revue* (1918 – 1937)
- *Pojistný obzor* (1923 – 1933)
- *Právní praxe* 1936 - 1948
- *Socialistická zákonnost* seit 1959 (ab 1990 *Právo a zákonnost*; ab 1993 *Právní praxe*; ab 2002 *Justiční Revue*, 2003 eingestellt)
- *Právní rozhledy* seit Beginn
- *Bulletin advokacie* seit 1993
- *Evropské právo* seit Beginn
- *Právní zpravodaj* seit Beginn
- *Právní obzor* seit 1990
- *Ad Notam* seit 1998
- *Časopis pro právní vědu a praxi* seit 2000
- *Soudní rozhledy* seit Beginn
- *Trestněprávní revue* seit Beginn

Entscheidungssammlungen:

- *Bohuslav – Nálezy Nejvyššího správního soudu* (1918 – 1948)
- *Vážný – Rozhodnutí Nejvyššího soudu Československého* - část civilní (1918 – 1940)  
- část trestní (1918 – 1940)
- *Úradná zbierka rozhodnutí Najvyššieho súdu* (1929 – 1938)
- *Sbírka soudních rozhodnutí a stanovisek* seit 1962
- *Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu České republiky* seit Beginn
- *Soubor rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky* seit Beginn

---

<sup>1353</sup> Orientiert an der übersichtlichen Auflistung von Bohata:

## Lebenslauf

Name: Stephan Rudolf Eberhardt

Geburtsdatum: 10.07.1978

Geburtsort: Augsburg

  

Seit Februar 2008: Tätigkeit bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH Attorneys at Law in Wien (Eintragung in die Liste der niedergelassenen europäischen Rechtsanwälte)

Seit September 2007: Rechtsanwalt (RAK Nürnberg, Deutschland)

2007: Zertifikat Unternehmenssanierung (Universität Regensburg)

2006-2007: Dissertation bei Prof. Dr. Rainer Arnold

2005: Zweites Juristisches Staatsexamen (Bayern)

2003: Erstes Juristisches Staatsexamen (Bayern)

1998-1999: Zertifikat Bohemicum Regensburg-Passau (Universität Regensburg)

1998-2003: Studium der Rechtswissenschaften (Universität Regensburg)

1998: Abitur (St.-Thomas-Gymnasium Wettenhausen, Bayern)